

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST-GRADO

La Democracia y la autocracia en Kelsen

TESIS

para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en
Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

Odar Edilberto Monzón Pedroso

Lima – Perú

2013

A mis padres Guillermo Monzón Campos y Angélica Pedroso Méndez.

ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | 6 |

PRIMERA PARTE

FORMAS DE ESTADO

CAPÍTULO I

FORMAS DE ESTADO

| | |
|--|----|
| 1. El Estado..... | 9 |
| 1.1. Estado y ciencia..... | 11 |
| 2. Las formas de Estado | 12 |
| 2.1. Formas de Estado y gobernante | 20 |
| 2.2. Formas de Estado y representación..... | 23 |
| 2.3. Formas de Estado y formas de organización | 25 |
| 2.3.1. Centralización y descentralización | 25 |
| 2.4. Formas de Estado y neutralidad científica | 28 |

CAPÍTULO II

LA DEMOCRACIA

| | |
|--|----|
| 1. La democracia..... | 30 |
| 1.1. Democracia y neutralidad científica..... | 34 |
| 1.2. Elementos de la democracia | 35 |
| 1.2.1. La libertad y la igualdad | 35 |
| 1.2.2. El pueblo..... | 38 |
| 1.3. Aspectos de la democracia | 40 |
| 1.3.1. Democracia y liberalismo | 40 |
| 1.3.2. Democracia de la ejecución | 43 |
| 1.4. Clases de Democracia | 47 |
| 1.4.1. Democracia directa | 47 |
| 1.4.2. Democracia indirecta o representativa | 48 |
| 1.4.2.1. El parlamentarismo | 50 |

| | |
|---|----|
| 1.4.2.2. El principio de la mayoría y la tolerancia | 67 |
| 1.4.2.3. Los partidos políticos..... | 71 |
| 1.4.2.4. Democracia y división de poderes..... | 74 |
| 1.4.2.5. Los sistemas electorales | 77 |
| 1.4.2.5.1. El derecho de sufragio | 77 |
| 1.4.2.5.2. El cuerpo electoral..... | 79 |
| 1.4.2.5.3. Sistemas electorales | 80 |
| 1.4.2.6. Democracia e instituciones de control..... | 82 |
| 1.4.2.6.1. Principio de legalidad | 83 |
| 1.4.2.6.2. Principio de publicidad | 83 |
| 1.4.2.6.3. Control jurisdiccional | 84 |
| 1.4.2.7. La democracia y los derechos de libertad | 85 |
| 1.4.2.8. La alternancia en los cargos públicos | 87 |
| 1.4.2.9. La república presidencialista | 90 |
| 1.4.2.10. La monarquía constitucional..... | 91 |
| 1.4.2.11. Conclusión..... | 93 |

CAPÍTULO III

LA AUTOCRACIA

| | |
|--|-----|
| 1. La autocracia..... | 95 |
| 1.1. Autocracia y caudillo | 98 |
| 1.2. Autocracias antiguas | 100 |
| 1.2.1. La monarquía absoluta..... | 100 |
| 1.2.2. La monarquía feudal | 101 |
| 1.2.3. La monarquía estamentaria | 102 |
| 1.3. Autocracias modernas..... | 104 |
| 1.3.1. Las dictaduras de partido | 104 |
| 1.3.1.1. Bolchevismo y fascismo. | 107 |
| 1.4. Conclusión. | 117 |

SEGUNDA PARTE

FUNDAMENTOS DE LA DEMOCRACIA Y DE LA AUTOCRACIA

CAPÍTULO IV

FORMAS DE ESTADO Y FILOSOFÍA

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. Formas de Estado y filosofía..... | 120 |
| 1.1. Racionalismo..... | 120 |

| | |
|------------------------|-----|
| 1.2. Relativismo..... | 122 |
| 1.3. Positivismo | 127 |

CAPÍTULO V

FORMAS DE ESTADO Y RELIGIÓN

| | |
|--|-----|
| 1. Formas de Estado y cristianismo | 130 |
|--|-----|

CAPÍTULO VI

FORMAS DE ESTADO Y ECONOMÍA

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. Formas de Estado y economía | 135 |
|--------------------------------------|-----|

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES FINALES

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

| | |
|------------------|-----|
| 1. Primera | 140 |
| 2. Segunda | 140 |
| 3. Tercera | 141 |
| 4. Cuarta | 141 |
| 5. Quinta | 141 |
| 6. Sexta | 142 |
| 7. Séptima | 142 |

BIBLIOGRAFÍA

| | |
|----------------------------------|-----|
| 1. Obras de Hans Kelsen | 143 |
| 2. Obras sobre Hans Kelsen | 147 |
| 3. Obras de otros autores..... | 154 |

INTRODUCCIÓN

La obra de Kelsen emerge en el horizonte jurídico como un edificio gigantesco que opaca y doblega a todas las demás teorías, doctrinas y escuelas del Derecho. Kelsen es, sin duda, uno de los más grandes juristas de la época contemporánea.

La obra kelseniana abarca los más distintos tópicos, tales como la ciencia, la justicia, el Derecho, el socialismo, el Estado, etc. Sin embargo, la mayoría de los trabajos sobre el pensamiento de Kelsen versan sobre el Derecho y sobre las bases filosóficas que sustentan su teoría jurídica. Los otros temas casi no han sido estudiados. Tal es el caso de la democracia y de la autocracia.

La presente investigación trata sobre la democracia y la autocracia en Kelsen. El problema central de este trabajo plantea el hecho de que Kelsen propugna el postulado de la neutralidad científica según el cual el científico debe únicamente describir su objeto de conocimiento, es decir, no puede manifestar sus preferencias ideológicas, morales o políticas sobre el objeto de estudio. Sin embargo, nuestro autor también ha manifestado que la democracia es mejor que la autocracia. Por ello, nuestro objetivo es determinar si Kelsen contradice este postulado científico. Nuestra hipótesis es que él sí contradice su postulado de la neutralidad científica cuando muestra su preferencia por la democracia y su rechazo por la autocracia. La veracidad de esta hipótesis ha sido demostrada a lo largo de este trabajo, sobre todo en los primeros capítulos.

Entre los antecedentes del estudio del tema materia de la presente tesis, vemos que una de las pocas investigaciones es la realizada por José Fernández Santillán en su libro *Filosofía política de la democracia*, publicado en el año 1994. Sin embargo, este jurista mexicano no toma en cuenta libros fundamentales de Kelsen, tales como *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, *Teoría General del Estado*, *Socialismo y Estado*, *¿Una nueva ciencia de la política?*, etc., que son indispensables para comprender cabalmente su pensamiento, principalmente en lo que respecta a la democracia y a la autocracia.

Otros autores como García Amado, León Dujovne, Sanz Moreno, Agustín Squella, etc., también han estudiado a la democracia y a la autocracia en Kelsen, pero sólo han tomado en cuenta algunas de sus obras.

Por consiguiente, este trabajo es importante porque pretende llenar un vacío existente en la bibliografía jurídica castellana, pues no existe en nuestro idioma un trabajo crítico que analice, de manera profunda y seria, los temas de la democracia y de la autocracia en el pensamiento de Kelsen.

La presente investigación es una crítica inmanente, es decir, que se realiza casi exclusivamente dentro del pensamiento de Kelsen. Nuestro propósito central es presentar, de la manera más clara posible, la concepción de la democracia y de la autocracia de Kelsen.

Para ello, hemos creído conveniente abordar el estudio de todas sus obras fundamentales, desde los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, pasando por la *Esencia y valor de la democracia*, *Teoría general del Estado*, *Teoría general del Derecho y del Estado*, las tres diferentes ediciones de la *Teoría Pura del Derecho*, *Qué es justicia*, *Los fundamentos de la democracia*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, hasta su *Teoría general de las normas*.

Asimismo, hemos estudiado a la democracia y a la autocracia en todos sus aspectos fundamentales: conceptos, características, clases, requisitos y fundamentos. Del mismo modo, hemos analizado las principales bases filosóficas de la concepción kelseniana de la democracia y de la autocracia, pues todo el pensamiento de Kelsen está determinado, en mayor o en menor grado, por sus fundamentos filosóficos (racionalismo, relativismo y positivismo). Además, como generalmente se considera a la teoría kelseniana como una de las más sólidas y coherentes, hemos señalado todas aquellas contradicciones e incoherencias en las que incurre el jurista austriaco. Ésta es, pues, grosso modo, la forma en la cual hemos realizado la presente investigación.

PRIMERA PARTE

FORMAS DE ESTADO

CAPÍTULO I

FORMAS DE ESTADO

1. EL ESTADO

Kelsen sostiene que el Estado es idéntico al Derecho. Esta afirmación le ha causado antes y ahora, una serie de críticas por parte de las diversas posiciones científicas e ideológicas. Sin embargo, él siempre consideró que el “Estado, del cual se afirma ser algo esencialmente distinto del Derecho, no es otra cosa que Derecho, *un sistema de normas especiales reguladoras de la coacción*.”¹ Es decir, “[...] cuando la teoría dominante del Estado declara que éste constituye un ‘aparato coactivo’ y la doctrina tradicional jurídica considera que el Derecho es un orden coactivo, queda demostrado que, fundamentalmente, ambas teorías tienen en cuenta el mismo objeto, ya que el ‘aparato’ de la coacción no es más que una metáfora para designar el ‘orden’ coactivo.”² Como vemos, para Kelsen el Estado no sólo es idéntico al Derecho, sino que también tiene a la coacción como elemento fundamental³. El Estado es, pues, según él, un orden jurídico que regula *coactivamente* la conducta de los individuos.

¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, traducido por Luis Legaz y Lacambra, México D.F., Ediciones Coyoacán, 2008, pág. 69.

² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 22.

³ Casi todos los grandes teóricos del Estado, tales como Marx, Weber, Kelsen, etc., consideran que la coacción es un elemento esencial del Estado. Norberto Bobbio dice que “En las teorías políticas que surgieron junto con la formación de los grandes Estados territoriales, de Maquiavelo a Bodin, de Hobbes a Hegel, desde los grandes teóricos alemanes del derecho público y a lo largo de la línea que va de Jellinek a Kelsen y hasta Max Weber, la característica fundamental del Estado, que así se diferencia de todos los demás entes territoriales, es *el dominio*; éste se manifiesta esencialmente a través de la titularidad y del ejercicio de poder legislativo, a saber, el poder de tomar decisiones colectivas que sean vinculadas para toda la sociedad, y de imponerlas por medio de la fuerza.” (BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, traducido por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2009. Pág. 491. Las cursivas son nuestras).

Pero el que Kelsen señale que el Estado es idéntico al Derecho, no significa que el Derecho sea idéntico al Estado. Él considera que el Derecho es mucho más amplio que el Estado. El Estado es sólo un orden jurídico centralizado, pero junto a él existen otros órdenes jurídicos como, por ejemplo, los municipios, las regiones, la confederación de Estados, los organismos internacionales, etc. Todos éstos son órdenes jurídicos, son Derecho, pero ninguno es un Estado. Por ello, Kelsen manifiesta que “El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.”⁴ El Estado aparece, pues, cuando el orden jurídico alcanza cierto grado de centralización en sus funciones fundamentales (legislación, jurisdicción y administración).

Asimismo, nuestro autor considera que el Derecho no sólo es más amplio que el Estado, sino que es también más antiguo que éste, pues antes que el Estado han existido otros órdenes jurídicos: clanes, tribus, pueblos, etc. Todos éstos son órdenes jurídicos, son Derecho, pero ninguno es un Estado. Para convertirse en Estado, los órdenes jurídicos deben alcanzar cierto grado de centralización en sus funciones judiciales, legislativas y administrativas. Si no han alcanzado ese nivel de centralización, entonces son solamente “[...] comunidades jurídicas, preestatales [...]”⁵

Por otra parte, Kelsen considera que el Estado tiene un concepto formal, es decir, que sus normas jurídicas no se identifican con un determinado contenido económico, ideológico, religioso, etc. Por eso señala que “El dominio llamado ‘Estado’ (...) no se caracteriza por su objetivo social, o –lo que es lo mismo– por su *contenido*. Se trata de una *forma* específica de la vida social, que puede asumir contenidos muy variables, de un medio de técnica social, con el que se puede perseguir los objetivos más diversos.”⁶

⁴ KELSSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, de la edición francesa de 1953, traducido por Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2006, pág. 150.

⁵ *Ibídem*.

⁶ KELSSEN, Hans, *Socialismo y Estado*, traducido por Alfonso García Ruíz, México, Siglo Veintiuno Editores, 1982, pág. 189. La segunda cursiva es nuestra.

Para la existencia del Estado es necesario, según nuestro autor, que sus normas jurídicas tengan cierto grado de eficacia, esto es, que sean obedecidas por los individuos que forman parte del pueblo del Estado, o, en otras palabras, el Estado existe si el orden normativo “[...] es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidas [...]”.⁷

Kelsen, a diferencia de los marxistas, considera que el Estado no desaparecerá, sino, por el contrario, el mundo se convertirá en un gran Estado. Por ello, señala que “[...] la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.”⁸ La ONU sería el embrión de ese futuro Estado. La realidad actual parece encaminada a darle la razón a Kelsen.

1.1. ESTADO Y CIENCIA

Según la concepción kelseniana, el Estado puede ser democrático o autocrático. Kelsen sostiene que la ciencia del Estado no puede señalar que uno de ellos es mejor que el otro, pues eso sería hacer política y no ciencia. Lo único que puede hacer la ciencia es describir las características de uno u otro. Por consiguiente, cuando una teoría del Estado señala que la democracia es mejor que la autocracia o que ésta es mejor que aquélla, incurre en una violación del principio de la neutralidad científica, muy valorado por el creador de la teoría pura del Derecho y enarbolado como uno de los postulados principales de esta teoría jurídica. Por ello, nuestro autor señala que “No es misión de una teoría científica del Estado determinar si una forma particular de Estado o una finalidad particular del orden estatal son buenas o malas.”⁹ Kelsen añade: “Es en cambio función de una verdadera ciencia del Estado analizar, comprender y

⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, de la edición francesa de 1953, pág. 154.

⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, de la edición francesa de 1953, pág. 174.

⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducido por Juan Ruiz Manero y otros, Madrid, Editorial Debate, 1988, pág. 162.

explicar la forma o la finalidad del orden estatal.”¹⁰ Kelsen continúa: “La teoría del Estado abandona su carácter de ciencia y se vuelve parte de una actividad política si, en lugar de describir y explicar el Estado como fenómeno de la realidad social, emite juicios de valor con relación al Estado. Las cuestiones relativas al valor del Estado como tal y al de sus diversas formas y contenidos deben ser determinadas mediante una disciplina que, no participando de las características de una ciencia, sea una teoría política en el sentido específico del término.”¹¹

Sin embargo, como veremos más adelante, Kelsen contradice su propio postulado de neutralidad científica, ya que opina favorablemente de la democracia y critica negativamente a la autocracia (véase I.2.4.).

2. LAS FORMAS DE ESTADO

Kelsen concibe a la democracia y a la autocracia como formas de Estado. Según él, las formas de Estado son los métodos de creación de las normas jurídicas. Si en la creación de las normas jurídicas participa el pueblo, entonces estamos ante la forma de Estado llamada democracia; pero si en la creación de las normas jurídicas estatales no participa el pueblo, entonces estamos ante la forma de Estado llamada autocracia. Kelsen señala que “La participación, en la función legislativa, de los individuos sujetos al orden jurídico, es característica de la democracia, a diferencia de la autocracia, régimen dentro del cual los súbditos quedan excluidos de la legislación y no tienen derechos políticos.”¹² La diferencia radica, pues, en la participación o no de los individuos en la creación de las normas jurídicas del Estado. Si hay participación el Estado es democrático; en cambio, si no hay participación el Estado es autocrático.

Para el jurista austriaco la democracia y la autocracia son los dos tipos fundamentales de Estado. De ellas dos se derivan todas las demás formas de Estado.

¹⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 162.

¹¹ *Ibídem*.

¹² KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducido por Eduardo García Máynez, México, D.F., UNAM, 1958, pp. 102-103.

Es decir, “[...] bajo su antítesis dialéctica –democracia y autocracia– *quedan comprendidas todas las formas del Estado e incluso de la Sociedad en general.*”¹³

Norberto Bobbio, uno de los más distinguidos estudiosos de Kelsen y uno de los más grandes teóricos de la democracia, sostiene que “Uno de los autores que más contribuyó a difundir y consolidar esta distinción fue Kelsen, quien en la *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), después de haber señalado que la tripartición tradicional con base en el número es superficial, adopta otro criterio de distinción, la mayor o menor libertad política y concluye que ‘entonces es más correcto distinguir, en vez de tres, dos tipos de constituciones: democracia y autocracia.’”¹⁴ Bobbio reconoce, pues, que a Kelsen se debe, en gran medida, la difusión y aceptación de la distinción y división de las formas de Estado (o formas de gobierno), esto es, entre democracia y autocracia.

Esta distinción que hace Kelsen de democracia y autocracia descansa en la diferenciación entre autonomía y heteronomía. La primera consiste en que los mismos individuos crean las normas que van a regular sus conductas (democracia). Por la segunda se entiende que los individuos no tienen participación en la creación del orden normativo, sino que las normas son creadas por el autócrata y el grupo que lo ayuda a gobernar el Estado (autocracia). Por ello, Kelsen afirma que “La forma del Estado es el método posible de la creación del orden estatal. Es forma jurídica, esto es, método de creación de Derecho.”¹⁵

Por otra parte, para Kelsen la democracia y la autocracia no sólo se diferencian por el método utilizado para crear las normas estatales, sino que también se distinguen por el tipo de Constitución que cada una de ellas tiene. En otras palabras, los Estados tienen la forma que sus Constituciones señalan o dibujan en sus normas. Por eso manifiesta que “Desde un punto de vista jurídico se trata de la distinción entre

¹³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, traducido por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Editorial Labor, 1977, pág. 16. Las cursivas son nuestras.

¹⁴ BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, traducido por José Fernández Santillán, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006, pág. 193.

¹⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 409.

diferentes arquetipos de Constituciones.”¹⁶ Vemos que aquí Kelsen relaciona la distinción de las formas de Estado o de gobierno a la clasificación de las Constituciones, lo cual es correcto, pues las formas de Estado están determinadas en las Constituciones, es decir, que son éstas las que señalan la forma que tiene un Estado o un gobierno.

Ahora bien, cuando Kelsen habla de la creación de las normas, se refiere no sólo a la que se da en el nivel de las normas jurídicas generales, esto es, en el ámbito de las leyes, sino a la creación del Derecho en todas las gradas del ordenamiento jurídico. Al respecto el jurista austriaco manifiesta que “El problema de la forma del Estado como cuestión acerca del método de producción jurídica, no solamente se plantea en la grada de la Constitución, no sólo pues para la legislación, sino también en todas las gradas del orden jurídico y, en particular, para los diversos casos de institución de normas individuales: acto administrativo, sentencia, negocio jurídico.”¹⁷ Sin embargo, antes había señalado que “La diferencia entre forma autocrática y forma democrática del Estado la empleamos refiriéndonos a la esfera de la creación general del Derecho (estos es, de las normas generales); en cambio, en el campo de la creación individual o individualizada del Derecho, para indicar la misma oposición se aplica la división en público y privado.”¹⁸ Aquí hay una contradicción o una incoherencia, por decir lo menos, entre las dos afirmaciones de Kelsen, pues dice dos cosas diferentes. En la primera dice que la distinción entre las formas de Estado se da en todas las gradas y jerarquías de las normas; en cambio, en la segunda señala que tal distinción solamente se realiza en el ámbito de las normas generales, pues en la esfera de las normas individuales “se aplica la división en público y privado”.

¹⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 335.

¹⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho, introducción a la problemática científica del Derecho*, de la primera edición alemana de 1934, traducido por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946, pág. 147.

¹⁸ KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, traducido por Luis Recasens Siches y Justino de ázcarate Flores, Barcelona, Editorial Blume, 1979, pág. 169.

Posteriormente Kelsen adoptará de manera definitiva la primera posición, es decir, la tesis según la cual la distinción entre las formas de Estado se da en todas las etapas de creación de las normas jurídicas estatales. Por ello, afirmará que “La voluntad del Estado, es decir, el orden jurídico, es creado en un procedimiento que se desenvuelve, según hemos visto, a través de varias etapas. La cuestión acerca del método de creación, esto es, acerca de si la creación de la ley es democrática o autocrática, tiene por tanto que ser formulada separadamente para cada etapa. Que la creación de normas sea democrática en una etapa, en modo alguno significa que lo sea también en cada una de las otras. Muy a menudo, el orden jurídico es creado a través de métodos diferentes en las distintas etapas, *de manera que, desde el punto de vista del antagonismo entre democracia y autocracia, el proceso total no es uniforme.*”¹⁹ Aquí también vemos que Kelsen señala que no en todas las etapas la creación es democrática o autocrática, ya que puede ser democrática en una etapa y autocrática en otra. Kelsen siempre ha reconocido que en las democracias solamente la creación de las normas generales es democrática, es decir, únicamente en la esfera de la legislación, pues en los ámbitos de la administración y la jurisdicción, la creación es autocrática. En la autocracia, casi todas las etapas de creación normativa son hechas de manera autocrática, es decir, la legislación, la administración y la jurisdicción carecen de la participación del pueblo para elaborar las normas jurídicas.

Habría que añadir que para Kelsen las formas de Estado no son sólo creación, sino también aplicación de las normas jurídicas, pues no olvidemos que una de las tesis más importantes de su teoría jurídica señala que todo acto de creación de una norma implica también, por lo general, aplicación de otra norma. Al respecto nuestro autor señala que “La distinción tradicional entre dos formas básicas de gobierno: democracia y autocracia, se refiere en lo principal (pero no solamente) al primero de esos dos criterios, o sea, la manera de ser creado y *aplicado* el orden estatal, la *forma* del Estado.”²⁰ Y es que en la concepción kelseniana, la creación normativa siempre va aparejada con la aplicación de las normas jurídicas. Ésta es la concepción dinámica del

¹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 354. Las cursivas son nuestras.

²⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág.160. La primera cursiva es nuestra.

Derecho. Dentro de esta concepción se encuentra la tesis de la jerarquía de las normas, más conocida como la pirámide de Kelsen²¹ y, según la cual, todas las normas están organizadas de manera jerárquica desde la más general hasta la más individual o, en otras palabras, que comenzando por las leyes, se desciende a los reglamentos, luego a las sentencias judiciales, pasando por los contratos y así sucesivamente.

Ahora bien, para Kelsen la democracia y la autocracia, en tanto formas de Estado, son solamente métodos de creación normativa, que no tienen nada que ver con el contenido de las normas jurídicas. Son sólo formas, técnicas, mecanismos y métodos de creación de normas. Tienen únicamente un carácter *formal*. Es decir, que no hacen referencia al contenido moral, religioso, político, etc., que puedan tener las normas jurídicas estatales. Por ello, siempre señaló que era un gran error pretender identificar una forma de Estado con el contenido de sus normas jurídicas. Kelsen siempre consideró que la democracia y la autocracia son sólo métodos de creación normativa que no se identifican con ningún contenido determinado. Por eso afirmará que “Las ideas de autocracia y democracia, que informan el concepto de forma del Estado, son de naturaleza puramente formal. No puede hacerse la menor referencia al contenido del orden creado con arreglo a uno u otro método, ninguno de los cuales implica por necesidad un determinado contenido.”²² Esta tesis de que la democracia y la autocracia son sólo formas y métodos de creación normativa, es una de las más importantes de la teoría de Kelsen y abraza todo su pensamiento político. Por ello, vemos que Kelsen también la aplica al hablar de las formas de Estado y de la economía; al respecto dice: “Nadie duda que una economía socialista puede crearse tanto por procedimiento

²¹ Lo cierto es que el creador de la teoría de la jerarquía de las normas, también conocida como pirámide de Kelsen, es realmente Adolf Merkl. Eso lo reconoce Kelsen en su libro *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, pues en él señala que “El mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a ADOLF MERKL. En una serie de trabajos [...] desarrolla MERKL esta *teoría gradual del derecho* como la teoría de la *dinámica jurídica* [...]. Apoyándonos en los trabajos de MERKL y VERDROSS, hemos acogido nosotros, en nuestros estudios posteriores, la teoría general, para incorporarla como elemento esencial al sistema de la teoría pura del derecho” (*Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México, D.F., Porrúa, 1987, pp. XLVIII-XLIX).

²² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 470.

autocrático como democrático [...]. *Es sencillamente absurdo utilizar el concepto esencialmente formal –como método– de la democracia a favor de un determinado contenido jurídico, tan independiente del método de su creación, que podría ser creado por el método opuesto.*²³

Por otra parte, Kelsen dice que sobre “[...] la autocracia y democracia [...] La realidad política representa siempre una combinación de ambos elementos, con predominio en cada caso de uno de ellos.”²⁴ Esto significa que no existe en la realidad una autocracia o una democracia pura o total, pues “[...] la autocracia y la democracia no son sino tipos ideales [...]. Una pura autocracia es tan irrealizable como una democracia pura.”²⁵ Esto no es nada nuevo, pues el Estado ideal, sea autocrático o democrático, nunca es igual al Estado real. Lo único que existe es una mixtura de ambas formas de Estado.

Kelsen diferencia a la democracia de la autocracia en el hecho de que “El tipo democrático se inclina al ideal pacifista, así como la autocracia propende al imperialismo.”²⁶ Desarrollando esta idea un poco más afirma: “Por eso tiene la democracia la tendencia a justificar su política internacional en una ideología pacifista y racional; urge considerar la guerra emprendida como guerra meramente defensiva, mientras que la actitud heroica de la autocracia no necesita ocultar tras esta máscara sus verdaderas intenciones.”²⁷ Aunque más adelante Kelsen tiene que admitir que “[...] también las democracias han llevado a cabo guerras de conquista, pero su disposición para realizar acciones de este tipo es mucho más débil y las resistencias políticas interiores que han de vencer, mucho más fuertes que en el caso de una autocracia.”²⁸ Esto no es totalmente cierto. La verdad es que democracias tan sólidas como Inglaterra

²³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pp. 470-471. Las cursivas son nuestras.

²⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 137.

²⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 416.

²⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 149.

²⁷ *Ibídem.*

²⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 249.

y Estados Unidos han sido también Estados imperialistas. Quizá los más imperialistas de los siglos XIX y XX. Y es que el ser imperialista no tiene necesariamente que ser consecuencia de que un Estado sea democrático o autocrático. El imperialismo de un Estado está fundamentado, generalmente, en una causa económica. Las dos guerras mundiales que ha padecido la humanidad son una prueba de ello.

José Fernández Santillán, por otra parte, al hablar de los elementos diferenciadores de la democracia y la autocracia en el pensamiento de Kelsen, expresa que “Para establecer la distinción entre una y otra, Kelsen cuenta por lo menos con tres criterios: la libertad, la paz y el compromiso.”²⁹ Fernández Santillán añade: “Interpretaciones recientes del pensamiento de Kelsen han resaltado que de los tres criterios de diferenciación a los que hemos aludido, el más importante es el compromiso.”³⁰ Discrepamos con Fernández Santillán, pues es claro para todo estudioso serio de Kelsen que el principal criterio diferenciador es la libertad (el método de creación de las normas), es decir, la participación o no de los individuos en la creación de las normas jurídicas estatales, principalmente en la creación de las normas generales, esto es, en la legislación. Para Kelsen la democracia es libertad en tanto participación de los individuos; en cambio, la autocracia es falta de libertad en tanto no participación de los individuos en la creación de las normas estatales (voluntad del Estado). Kelsen avala nuestra posición cuando señala que “El Punto de vista decisivo es si tal orden se crea o no con participación de quienes están sometidos a sus normas.”³¹

Ahora bien, la paz y el compromiso son elementos necesarios pero no esenciales de la democracia. El compromiso como elemento de la democracia no existía en la antigua Grecia, y, sin embargo, había democracia. Igualmente, la paz no es un elemento esencial de la democracia, pues en Grecia las guerras de expansión y de conquista eran cosa común y, ello no obstante, era considerada una democracia.

²⁹ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Filosofía política de la democracia*, México, D.F., Fontamara, 2006, pág. 70.

³⁰ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Filosofía política de la democracia*, pág. 76.

³¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 470.

En lo que sí acierta Fernández Santillán es cuando señala que “Por lo que hace a la forma de democracia que Kelsen considera la más idónea para alcanzar el compromiso, no cabe duda que prefiere la parlamentaria.”³² De acuerdo con esta afirmación, pues para Kelsen es en el parlamento donde puede darse con mayor intensidad y naturalidad las controversias, las réplicas, las transacciones y *los compromisos*. Aunque valga nuevamente la aclaración de que aquí estamos hablando solamente de la democracia moderna, que es, según Kelsen, una democracia con un parlamento (sin olvidar que él considera que también las autocracias tienen, generalmente, un parlamento).

Por otro lado, Kelsen dice que “No siendo, tanto la democracia como la autocracia, sino métodos para crear un orden social, piensan los defensores de uno y de otro principio que es el suyo respectivo el que permite alcanzar un orden mejor.”³³ En este caso estamos hablando de preferencias ideológicas. Desde el punto de vista científico, tanto la democracia como la autocracia tienen el mismo valor. Pero si se elige a una de ellas, entonces dejamos el ámbito científico y entramos al ámbito político y valorativo. Kelsen considera que si decimos que la democracia es mejor que la autocracia, o, viceversa, entonces tal afirmación carece de objetividad científica, pues a la ciencia sólo le es permitida describir la realidad y no dar juicios de valor sobre el objeto de conocimiento. Estos juicios de valor se veían, por ejemplo, cuando los bolcheviques señalaban que la dictadura del proletariado, es decir, una autocracia, era la mejor forma para conseguir acabar con las injusticias sociales y económicas. Lo mismo sucedía cuando los capitalistas señalaban que la democracia era la mejor forma para lograr el desarrollo y la prosperidad; incluso llegaban a decir que la democracia era inherente al capitalismo, algo que Kelsen rechazaba totalmente, ya que para él la democracia y la autocracia son compatibles tanto con el socialismo como con el capitalismo (o con cualquier otro sistema económico).

³² FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Filosofía política de la democracia*, pág. 78.

³³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 122.

Finalmente, Kelsen sostiene que las autocracias están mejor equipadas para defenderse que las democracias. Esto explicaría, según nuestro autor, el hecho de que la democracia haya tenido menor tiempo de existencia que la autocracia. Él fundamenta esto de la siguiente manera: “Precisamente por esta razón podría atribuirse a la autocracia, mejor que a la democracia, una mayor posibilidad de supervivencia y, en realidad, parece que en la historia las autocracias ocupan periodos de tiempo más largo que las democracias, que solamente aparecen –por así decirlo– en los entre actos del drama de la humanidad.”³⁴ La realidad histórica refuta en cierto grado a Kelsen, pues en el último siglo la democracia no ha sido un entre acto de las autocracias, sino que disputa con éstas su existencia como forma de Estado y de gobierno en muchos países. Esto es más cierto sobre todo después de la caída del muro de Berlín y la desaparición de la Unión soviética, algo que Kelsen ya no alcanzó a ver, pero sí a predecir. Lo cierto es que hoy la mayoría de países que pertenecieron al llamado bloque comunista, incluyendo Rusia, son Estados democráticos. Por consiguiente, en el mundo actual, y desde hace más de dos décadas, la democracia es mucho más fuerte que la autocracia.

2.1. FORMAS DE ESTADO Y GOBERNANTE

Kelsen dice que “La autocracia tiene por gobernante a un hombre de carne y hueso, aunque elevado a categoría divina, mientras que en la democracia funciona como titular del poder el Estado como tal. La apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático. La personificación del Estado, que viene hacer a ser fundamental para la teoría del Derecho político, tiene también, sin duda, su raíz en esta ideología de la democracia.”³⁵ Obviamente es común que en la autocracia, y a vista de todos, un hombre tenga en sus manos el poder del Estado, pues la ideología de la autocracia establece la “superioridad” del autócrata. En cambio, la ideología de la democracia

³⁴ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 248.

³⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 25-26.

sostiene que el poder no le pertenece a un hombre, sino al pueblo, el cual gobierna directamente o mediante representantes elegidos por él. Aunque en la realidad también en la democracia el poder está, en cierto grado y por cierto tiempo, en manos de hombres de carne y hueso, es decir, gobernantes; la diferencia radica en que la democracia tiene alternancia en los cargos públicos, existe división de poderes, libertad de prensa, etc. Esto no sucede en la autocracia, pues en ella el gobernante tiene la pretensión de ser vitalicio, el poder está concentrado en su persona, no hay libertad de prensa, etc. Por consiguiente, existe no sólo una diferencia ideológica entre la democracia y la autocracia, sino también una diferencia real.

Y es que mientras en una democracia el jefe de Estado es visto como un igual, con defectos y virtudes como cualquier otro individuo, en cambio, esto es inconcebible en una autocracia, ya que en ésta se diviniza la figura del gobernante, mostrándolo como un ser superior y diferente a los demás individuos del Estado. Esto es lo que sucedió con autócratas como Hitler, Mussolini, Stalin, etc.

Asimismo, Kelsen acierta cuando señala que “[...] la democracia así como facilita el acceso a los puestos directivos –hecho probado–, crea también la garantía de que un caudillo que se desacredita será desplazado rápidamente de su puesto [...]”.³⁶ Esto es cierto, ya que la democracia implica competencia entre candidatos al gobierno; en cambio, la autocracia significa aceptación, voluntaria o por la fuerza, de un solo hombre para que gobierne al Estado. En la democracia el pueblo decide, y puede equivocarse o no, pero siempre decide él mediante las elecciones. En las autocracias al pueblo solamente le queda aceptar la única propuesta de gobernante, pero no tiene mayor poder de decisión, pues no existen verdaderas elecciones mediante las cuales elegir a su gobernante. En la democracia el pueblo decide quién lo va a gobernar; en la autocracia el gobernante se elige así mismo.

Por otra parte, nuestro autor afirma que “Para la ideología autocrática, el caudillo encarna un valor absoluto; para la democracia, por el contrario, su valor no pasa de relativo; por eso no constituye ésta un campo abonado para el ideal del caudillismo ni,

³⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 471.

en general, para el principio de autoridad.”³⁷ Esto es verdad, por eso en las democracias la crítica a los gobernantes es permanente e incluso despiadada, pues su vida pública y privada es expuesta permanentemente a la opinión pública. Basta mencionar el sonado caso sexual del ex presidente Clinton con una pasante en la Casa Blanca, lo cual casi le cuesta la presidencia (tuvo que pedir perdón públicamente y llorar ante las cámaras de televisión para que no lo saquen del cargo). Mientras en el caso de la autocracia es diferente, pues en ella el autócrata es considerado intocable, por eso no es criticado ni expuesto públicamente, y, si eso sucediera, el responsable sería apresado, deportado o incluso asesinado.

Además, Kelsen señala: “Y en íntima relación con esto se encuentra el hecho de que en la democracia, los principios del ‘saber acreditar’ y de la ‘libertad de crítica’ determinan el descubrimiento rápido y fácil de los vicios de la administración; mientras que en la autocracia se practica el tradicional sistema de encubrimiento, puesto que impera el principio conservador del mantenimiento a toda costa de la autoridad del funcionario una vez nombrado. Son miopes aquellos que creen ver más corrupción en la democracia que en la autocracia.”³⁸ Lo que sucede es que en las democracias predomina el llamado principio de publicidad según el cual todos los actos de los gobernantes son fiscalizados y expuestos a la opinión pública. En cambio, en las autocracias la tendencia es a ocultar los hechos de corrupción del gobierno; esto se facilita porque no hay división de poderes ni existe libertad de prensa. Por ello, en las autocracias la corrupción solamente se descubre cuando es derrocado o cuando deja el gobierno el autócrata, mientras que en la democracia los actos de corrupción se descubren cuando los gobernantes se encuentran en el poder. La realidad ha demostrado no sólo que tanto en la autocracia como en la democracia existe corrupción, sino que las autocracias son más corruptas que las democracias.

³⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 147.

³⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 471.

2.2. FORMAS DE ESTADO Y REPRESENTACIÓN

Kelsen sostiene que cuando los actos de los órganos pueden ser imputados al Estado, entonces éstos pueden ser considerados como órganos del Estado. En tal caso se dice que esos órganos *representan al Estado*. Al respecto nuestro autor señala: “Sólo si un individuo actúa como un órgano del Estado, sus actos pueden imputarse al Estado, es decir, a la comunidad constituida por el orden jurídico; y ello quiere decir que sus actos pueden interpretarse como actos del Estado y, el individuo actuante, como *representante* del Estado.”³⁹

Kelsen cree que todo Estado siempre tiene representación. Esto significa que no importa si el Estado es democrático o autocrático, pues siempre existen órganos a los cuales se les puede imputar y atribuir los actos del Estado. Por ello señala que “Así como no hay Estado sin Constitución [...] no hay Estado sin representación [...]”⁴⁰ Más aún Kelsen afirma que “No solo existe un tipo democrático de representación, sino también un tipo no democrático.”⁴¹ Es decir, incluso en la autocracia existe representación del Estado.

Ahora bien, no hay duda de que para Kelsen todo Estado siempre tiene representación; sin embargo, no tiene la misma certeza respecto a la representación del pueblo. Kelsen sólo se limita a decir que “Es cierto que representación del Estado y representación del pueblo de la comunidad son dos conceptos diferentes, no siempre distinguidos con suficiente claridad por la teoría política tradicional.”⁴² En todo caso, Kelsen señala que la representación del pueblo sí existe como concepto. Más adelante veremos que en la realidad Kelsen niega totalmente la existencia de una verdadera representación del pueblo, tanto en la democracia como en la autocracia.

³⁹ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, traducido por Isolda Rodríguez Villegas y otros, Buenos Aires, Katz Editores, 2006, pág. 76. La cursiva es nuestra.

⁴⁰ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, pág. 78.

⁴¹ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, pág. 80.

⁴² KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, pág. 78.

Lo cierto es que Kelsen considera que la representación implica que el representante tiene que obedecer de manera obligatoria la voluntad del representado, y esto es algo que, según nuestro autor, no sucede en la llamada democracia *representativa* (según él la única democracia posible en la actualidad). Quiere decir que hablando estrictamente no existe una representación en la democracia actual, pues no hay forma de que los gobernantes puedan realizar de manera *obligatoria* la voluntad del pueblo. Por ello, Kelsen manifiesta que “[...] *ninguna de las democracias a las que se da el nombre de ‘representativas’ es realmente representativa.* [...] en casi todas las llamadas democracias ‘representativas’ los miembros electos del parlamento y otros funcionarios de elección popular, especialmente el jefe del Estado, *no son jurídicamente responsables ante el cuerpo electoral.*”⁴³ Kelsen añade: “[...] no es el pueblo sino el parlamento el llamado a legislar, pudiendo realizar esta función con toda independencia del primero.”⁴⁴ Kelsen complementa esta aseveración señalando que “[...] el Derecho positivo no vincula jurídicamente la función parlamentaria a la voluntad popular.”⁴⁵ Es claro, pues, que para Kelsen no existe verdadera representación del pueblo en la democracia actual, pues no existe vinculación jurídica entre la voluntad popular y la función parlamentaria (tampoco existe vinculación jurídica entre la voluntad del pueblo y el jefe del Estado). Por eso, según él, afirmar que existe representación del pueblo en una democracia es caer en una ficción, en una mentira.

Si Kelsen señala, como acabamos de ver, que no existe representación del pueblo en una democracia, con mayor razón señala que no existe representación del pueblo en una autocracia, pues “[...] *constituye una ficción todavía más inadmisible afirmar acerca de un órgano, establecido autocráticamente -es decir, sobre cuya creación los sujetos del Estado no tienen ninguna influencia- que es un representante, no sólo del Estado, sino también del pueblo del Estado.*”⁴⁶ La razón aquí no es sólo que falta una vinculación jurídica entre la voluntad del pueblo y el funcionamiento de los gobernantes (como en el

⁴³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 344. Las cursivas son nuestras.

⁴⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 403.

⁴⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 404.

⁴⁶ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, pp. 79-80. Las cursivas son nuestras.

caso de la democracia), sino que el núcleo central de la crítica de Kelsen es mucho más grave: el pueblo no elige siquiera a sus gobernantes (jefe de Estado y parlamento). Por ello, para Kelsen señalar que en la autocracia existe representación del pueblo no es una ficción, sino una gran ficción, una gran mentira.

Como vemos, Kelsen considera que ni en las democracias, y menos en las autocracias, existe realmente representación del pueblo por parte del parlamento o del jefe de Estado.

2.3. FORMAS DE ESTADO Y FORMAS DE ORGANIZACIÓN

2.3.1. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

La centralización y la descentralización tienen que ver con la forma como están organizadas las normas jurídicas en el territorio del Estado, es decir, el ámbito espacial en el cual tienen validez las normas jurídicas.

La centralización significa que las normas jurídicas valen para todo el territorio del Estado. En cambio, la descentralización significa que las normas jurídicas sólo valen para determinadas partes del territorio estatal. Este es un concepto *estático* de centralización y descentralización.

La centralización y descentralización en sentido *dinámico* tiene que ver con la forma en que son creadas las normas jurídicas. Si las normas jurídicas son creadas por un solo individuo, estamos ante el concepto dinámico de centralización. Si las normas son creadas por una pluralidad de órganos, entonces estamos ante el concepto de descentralización en su sentido dinámico.

Para Kelsen la centralización total o la descentralización total, en sus sentidos estáticos o dinámicos, son solamente ideales porque en la realidad histórica nunca ha existido un Estado totalmente centralizado o totalmente descentralizado. Por ello, señala que “El derecho positivo sólo conoce la centralización y la descentralización

parciales.”⁴⁷ Siempre ha habido, pues, una mixtura entre ambas formas de organización estatal.

La democracia, según Kelsen, puede ser considerada como un mecanismo descentralizado de creación normativa, pues en ella las normas son creadas por una pluralidad de órganos dispersos en el territorio donde tienen validez las normas jurídicas creadas por ellos. Asimismo, señala que la autocracia puede ser considerada como un mecanismo centralizado de creación normativa, ya que las normas son creadas por un solo órgano, diferente a los individuos cuya conducta regulan las normas jurídicas creadas por él y que tienen validez, generalmente, para todo el territorio estatal. Por eso Kelsen, al comparar a las formas de Estado con las formas de organización estatal, afirma: “La autocracia no es sólo un método de creación jurídica cuyo carácter es centralista en sentido dinámico; también hay en ella una tendencia inmanente hacia la centralización en sentido estático. Y la democracia no es sólo un método de creación jurídica cuyo carácter implica la descentralización en sentido dinámico; también tiene la tendencia inmanente hacia la descentralización en sentido estático.”⁴⁸

Como acabamos de ver, para Kelsen “[...] las autocracias revelan una preferencia natural por la centralización estática.”⁴⁹ Esto se debe a que los autócratas no desean repartir su poder con otros órganos del Estado. Por ello, no sólo tratan de ser, en lo posible, los únicos creadores de las normas, pues esto significa centralización del poder estatal, sino que también tratan de que las normas sean válidas para todo el territorio del Estado y no sólo para unos determinados lugares del mismo, ya que esto significaría la existencia de otros órganos, lo cual tendría como consecuencia que el autócrata se vea en la obligación de transmitir algo de su poder a esos órganos. Por consiguiente, la autocracia rechaza, en cierta forma, tanto la descentralización estática

⁴⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 364.

⁴⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 370.

⁴⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 371.

como la dinámica. Su tendencia es hacia la centralización estática y la centralización dinámica.

En cambio, la democracia concuerda más con la descentralización estática que con la centralización estática, es decir, concuerda más con la organización estatal en el que las normas jurídicas sean válidas no sólo para todo el territorio estatal, sino también que sean válidas para determinados lugares del Estado. Por ello, Kelsen señala que “[...] la descentralización permite una aproximación mayor a la idea de la democracia que la centralización.”⁵⁰

Por otra parte, el jurista austriaco señala lo siguiente: “La mayoría de toda la nación puede ser socialista o católica, y la de una o más provincias liberal o protestante. A fin de atenuar la posible contradicción entre el contenido del orden jurídico y la voluntad de los individuos sujetos a éste, y de acercarse en la mayor medida posible a la idea de la democracia, puede ser necesario, en ciertas circunstancias, que determinadas normas del orden jurídico sólo sean válidas para ciertos territorios parciales, y que tales normas solamente sean creadas por el voto mayoritario de los individuos que viven en esos territorios. En el supuesto de que la población del Estado no tenga estructura social uniforme, la división territorial del Estado en provincias más o menos autónomas (lo que implica descentralización en un sentido estático) puede ser un postulado democrático.”⁵¹ Como vemos, Kelsen señala, una vez más, que no sólo la descentralización estática es más concordante con el ideal de la democracia, sino también la descentralización dinámica.

⁵⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 371.

⁵¹ *Ibídem*.

2.4. FORMAS DE ESTADO Y NEUTRALIDAD CIENTÍFICA

Kelsen propugna el postulado de la neutralidad científica según el cual el científico debe únicamente describir su objeto de conocimiento, es decir, no puede modificar el objeto de conocimiento debido a sus preferencias ideológicas, morales o políticas.

Asimismo, Kelsen considera que la democracia y la autocracia son las dos formas de Estado fundamentales. Ambas tienen sus seguidores y detractores. Kelsen ha dicho también, en concordancia con su postulado de la neutralidad científica o valorativa, que científicamente no se puede preferir ni señalar que la democracia es mejor que la autocracia, o, viceversa, tampoco se puede preferir ni señalar que la autocracia es mejor que la democracia, pues esto sería hacer ideología y no ciencia.

En efecto, el jurista austriaco ha manifestado que “Este planteamiento del problema no está libre de prejuicios, porque al investigar la esencia de la democracia no cabe de antemano suponerla como la mejor forma del Estado [...], pues en el deseo de presentar la democracia como forma mejor del Estado, niega algunas de sus características esenciales sólo porque las considera, tal vez con razón, desventajosas. Naturalmente, también es reprobable el defecto contrario.”⁵² Esto significa que, desde el punto de vista científico, no debemos preferir a la democracia (o a la autocracia), pues un científico sólo debe describir.

Sin embargo, Kelsen también ha señalado que “Esta pugna de concepciones metafísicas es paralela a la antítesis de actitudes políticas: a la concepción metafísicoabsolutista del mundo se ordena la actitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del universo, al relativismo crítico.”⁵³ Aquí está diciendo que la autocracia no es científica, pero sí lo es la democracia. En este caso, hay cierta preferencia de Kelsen por la democracia. Esto es más evidente cuando señala que “Si la democracia es una forma justa de gobierno, es porque supone la libertad, y la libertad significa tolerancia. [...]. Esta tolerancia distingue la

⁵² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 18–19. Cita de pie de página.

⁵³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 154.

democracia de la autocracia. *Mientras mantengamos esta diferencia, podremos rechazar la autocracia y sentirnos orgullosos de nuestra forma de gobierno democrática.* [...] Es posible que esta línea de demarcación traiga consigo cierto riesgo. *Pero el honor y la esencia de la democracia exigen correr ese riesgo [...].*⁵⁴ Como vemos, aquí Kelsen está demostrando su preferencia por la democracia, por tanto, está violando y contradiciendo el principio de la neutralidad científica que él enarbola como símbolo de objetividad y científicidad.

Y, aunque Agustín Squella considera que Kelsen no contradice ningún postulado de neutralidad científica o valorativa, pues señala que “[...] no obstante hacer de dicho postulado uno de los principios básicos de su doctrina, Kelsen [...] cuidó siempre de que esta toma de posición no interfiriera en su trabajo científico.”⁵⁵ Esto no tiene nada que ver con el hecho de que Kelsen efectivamente deja de lado su principio de la neutralidad científica, pues, como hemos visto, él manifiesta claramente su preferencia por la democracia.

En conclusión, como hemos visto a lo largo de este estudio comparativo de la democracia y la autocracia, Kelsen viola y contradice su postulado de neutralidad científica y valorativa, ya que reiteradamente señala las bondades de la democracia, y, al mismo tiempo, critica los defectos de la autocracia. Esto demuestra claramente que Kelsen asume una defensa ideológica de la democracia⁵⁶, lo cual le quita objetividad y rigurosidad científica a sus afirmaciones.

⁵⁴ KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?*, traducido por Albert Calsamiglia, Barcelona, Editorial Ariel, 1992, pág. 62. Las cursivas son nuestras.

⁵⁵ ENRIQUE SERRA, Juan, et al., *Apreciación crítica de la teoría pura del Derecho*, Valparaíso, Edeval, 1982, pág. 113.

⁵⁶ Al respecto Juan Antonio García Amado señala que “[...] la clave diferenciadora de conocimiento científico e ideología estaría en el propósito de neutralidad que preside aquél. Más siempre quedará la duda de hasta qué punto puede Kelsen, o cualquier otro científico social, ser fiel a un planteamiento estrictamente neutral y objetivista [...].” (GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996. Pág. 172).

CAPÍTULO II

LA DEMOCRACIA

1. LA DEMOCRACIA

Kelsen considera que la democracia es un método de participación de los individuos en el gobierno del Estado, es decir, es “[...] un determinado método para la creación del orden social.”⁵⁷

El elemento esencial es la *participación*. Es lo que distingue a la democracia de la autocracia (método de no participación). Por ello, nuestro autor señala que “[...] debe considerarse la participación [...] como la característica esencial de la democracia.”⁵⁸ Por consiguiente, la democracia también puede ser definida como participación.

En la democracia el que crea las normas jurídicas es el pueblo; por ello, Kelsen señala que el orden jurídico, voluntad del Estado u “[...] orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo.”⁵⁹ Es decir, los que crean las normas jurídicas son los mismos a quienes obligan esas normas jurídicas.

Por otra parte, Kelsen manifiesta que “La cuestión de la esencia de la democracia no debería confundirse con la cuestión de la eficacia del gobierno democrático.”⁶⁰ Esto significa que si el gobierno es eficiente o ineficiente en el manejo de la economía, de la salud, de la justicia, etc., esto no tiene nada que ver con la esencia de la democracia, pues ésta solamente es un método de participación en el gobierno estatal. Por tanto, si la democracia garantiza la participación del pueblo, entonces ya ha cumplido con su razón de ser.

⁵⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 127.

⁵⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 210.

⁵⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 30.

⁶⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 293.

Exigirle bienestar económico, igualdad social, libertad religiosa, etc., es desconocer que la democracia es solamente un concepto formal y que, por tanto, no se identifica con ningún contenido determinado. Por ello, Kelsen dice que “La democracia, en sí, es precisamente sólo un principio formal [...]”.⁶¹ Por eso, “Es un malentendido, un pleno desconocimiento del sentido implicado en el concepto de forma estatal, oponerse a nuestro concepto de la democracia ‘meramente’ formal o política, contraponiéndole la democracia social o económica (comprendiéndose por tal un orden social a cuyos súbditos se garantiza una cantidad igual de bienes).”⁶²

Como vemos, para Kelsen la democracia es solamente una *forma* de Estado, que no se identifica con ningún contenido religioso, económico, moral, etc. Es decir, la democracia no puede identificarse con ningún contenido ideológico. Sin embargo, vemos que Kelsen señala que “Como método o procedimiento, la democracia es una ‘forma’ de gobierno. El procedimiento a través del cual se crea y se impone en la práctica un ordenamiento social es considerado formal distinguiéndolo así del contenido del ordenamiento como elemento material o sustancial. Sin embargo, aunque *la democracia es sobre todo una forma de Estado o de gobierno*, debe tenerse presente que la contraposición entre forma y sustancia o entre forma y contenido es meramente relativa, y que una misma cosa puede parecer, desde un punto de vista, como forma y como contenido o sustancia desde otro. En particular, no hay ningún principio objetivo que fundamente una diferencia entre el valor de una y el valor de otro. En algunos aspectos puede ser más importante la forma y, en otros, el contenido o sustancia.”⁶³ Aquí Kelsen claramente está contradiciendo sus afirmaciones anteriores, pues señala que “la democracia es *sobre todo* una forma de Estado o de gobierno”. Decir sobre todo es lo mismo que decir principalmente. Esto significa que aunque la democracia es principalmente forma, también es “secundariamente” contenido. En otras palabras, la democracia puede ser forma, pero otras veces también

⁶¹ KELSEN, Hans, *Socialismo y Estado*, traducido por Alfonso García Ruíz, México, Siglo Veintiuno Editores, 1982, pág. 350.

⁶² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 470.

⁶³ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 212. Las cursivas son nuestras.

es contenido, ya que “una misma cosa puede parecer, desde un punto de vista, como forma y como contenido o sustancia desde otro”. Según este razonamiento la democracia puede ser, desde un punto de vista, una forma, pero desde otro punto de vista, también puede ser contenido. Según Kelsen esto es así, pues “la contraposición entre forma y sustancia o entre forma y contenido es meramente relativa”. Estas afirmaciones contradicen la tesis kelseniana según la cual “La democracia, en sí, es precisamente *sólo* un principio *formal* [...]”⁶⁴ También contradicen otra afirmación de Kelsen según la cual las ideas de la democracia “[...] son de naturaleza puramente *formal*. No puede hacerse la menor referencia al *contenido* [...]”⁶⁵

Esta nueva tesis según la cual la democracia puede ser forma o contenido, expuesta en el año 1955, en su ensayo *Fundamentos de la democracia* (que también forma parte del libro *Escritos sobre la democracia y el socialismo*), contradice todo su pensamiento anterior contenido principalmente en sus obras *Esencia y valor de la democracia*, *Teoría General del Estado* y *Teoría General del Derecho y del Estado*, en los que había sostenido repetidamente que la democracia tenía un carácter meramente formal.

Esta tesis según la cual la democracia es no sólo forma, sino también contenido, tiene una de sus realizaciones prácticas en el hecho de que Kelsen considera que la democracia, para ser verdaderamente tal, debe de tener como *contenido* al liberalismo político.

Por ello, aunque en el pensamiento de Kelsen la tesis más repetida y predominante es la que señala que la democracia *sólo* es *forma* y no contenido, también lo vemos afirmar que “Para que un Estado sea democrático no basta que sus ciudadanos participen directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado; además, la constitución debe garantizar a los ciudadanos *libertad de*

⁶⁴ KELSEN, Hans, *Socialismo y Estado*, traducido por Alfonso García Ruíz, México, Siglo Veintiuno Editores, 1982, pág. 350. Las cursivas son nuestras.

⁶⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 470.

conciencia, de palabra, de prensa, y en particular de asociación.”⁶⁶ Asimismo, manifiesta que la democracia debe ser realizada “[...] también negativamente, es decir, mediante el otorgamiento de *las libertades esenciales*, entre las cuales la libertad de los partidos políticos es la más importante.”⁶⁷ Con esto Kelsen está dándole a la democracia no sólo un concepto formal, sino también un determinado contenido: el liberalismo político. Y es que el liberalismo sostiene que el Estado debe actuar lo menos posible en la conducta de las personas, es decir, que existen esferas y ámbitos de los individuos en los cuales no puede ingresar el poder estatal. Este ámbito infranqueable está plasmado en una serie de derechos: libertad de conciencia, de ciencia, de pensamiento y de prensa, de asociación, etc. Kelsen cree que una verdadera democracia debe garantizar estos derechos. De esta manera, según nuestro autor, el liberalismo se convierte en el contenido indispensable de la democracia moderna, o, dicho de otra forma, los derechos de libertad son requisitos indispensables para que un Estado sea considerado una verdadera democracia. Por consiguiente, con esto Kelsen contradice su tesis de que la democracia no se identifica con ningún contenido determinado.

Y, si aún nos queda alguna duda al respecto, veamos la siguiente afirmación del jurista austriaco: “Es de la mayor importancia tener en cuenta que la transformación de la idea de libertad natural, como ausencia de gobierno, en la idea de libertad política, como participación en el gobierno, no implica un completo abandono de la primera. Lo que de ella permanece es el principio de una cierta restricción del poder del gobierno que es el principio fundamental del liberalismo político. *La democracia moderna no puede separarse del liberalismo político.*”⁶⁸ Kelsen remata señalando que “[...] *la democracia coincide con el liberalismo político, aún cuando no coincida necesariamente con el económico.*”⁶⁹

⁶⁶ KELSEN, Hans, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, traducido por Alfredo J. Weiss, Buenos Aires, Emecé Editores, S.A., 1958, pág. 276. Las cursivas son nuestras.

⁶⁷ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 161. Las cursivas son nuestras.

⁶⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 243. Las cursivas son nuestras.

⁶⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 341-342. Las cursivas son nuestras.

La contradicción de Kelsen es, pues, evidente (sobre la democracia y el liberalismo, véase el capítulo II.1.3.1.).

1.1. DEMOCRACIA Y NEUTRALIDAD CIENTÍFICA

Hemos visto en el primer capítulo que Kelsen sostiene que toda teoría científica debe mantenerse imparcial ante su objeto de conocimiento, es decir, que no debe emitir juicios de valor que muestren preferencia o rechazo por el objeto de estudio.

En concordancia con esto, Kelsen afirma que una auténtica teoría científica del Estado no puede afirmar que la democracia es mejor que la autocracia, y, del mismo modo, no debe señalar que la autocracia es mejor que la democracia. Solamente debe limitarse a describir las características de cada una de ellas.

Sin embargo, nuestro autor no respeta sus propios postulados científicos, ya que una y otra vez expresa sus preferencias por la democracia, señalando que esta forma de Estado es mejor que la autocracia.

Así vemos que el creador de la teoría pura del Derecho afirma que “[...] porque siendo la democracia *la única expresión natural y adecuada* de las bases del poder, será también la forma de expresión política a que siempre volverá el orden social, frente a las intentonas pasajeraamente triunfantes en pro de la dictadura. Así la democracia constituye el punto medio entre las oscilaciones del péndulo político hacia la derecha y la izquierda.”⁷⁰ Kelsen toma aquí partido por la democracia, con lo cual contradice su llamada neutralidad científica. Además, señala que “[...] la democracia no es posible sino como transacción y compromiso entre esos grupos opuestos. No siendo así, *corre el peligro* de transformarse en su contrario: en una autocracia.”⁷¹

Lo mencionado por el jurista austriaco demuestra claramente que para él la democracia es “la única expresión *natural y adecuada* de las bases del poder”.

⁷⁰ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 98. Las cursivas son nuestras.

⁷¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 464. Las cursivas son nuestras.

Además, él considera que es un “peligro” que un Estado pueda convertirse en una autocracia. Por consiguiente, esto prueba que Kelsen tiene preferencia por la democracia; con lo cual contradice su postulado de neutralidad científica (véase el capítulo I.2.4.).

1.2. ELEMENTOS DE LA DEMOCRACIA

1.2.1. LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Kelsen sostiene que la democracia descansa sobre dos elementos fundamentales: la libertad y la igualdad. La libertad tiene que ver con el hecho de que los hombres quieren gobernarse ellos mismos. La igualdad les otorga el mismo peso político a los individuos.

Sin embargo, en el desarrollo histórico de la democracia no siempre ha estado presente la igualdad. La libertad, en cambio, sí ha sido elemento constante de la democracia. Es decir, la falta de igualdad no impedía la existencia de la democracia. Por ello, Kelsen dice que “[...] es el valor de la libertad y no el valor de la igualdad el que define en primer lugar la idea de la democracia.”⁷²

La igualdad es un elemento que se va incorporando progresivamente al concepto de democracia. Adquiere relevancia con la democracia moderna. Para Kelsen la igualdad es sólo un elemento que enriquece y complementa a la libertad. La democracia depende más de la libertad, aunque “Indudablemente, también desempeña un papel en la ideología democrática el pensamiento de la igualdad, pero, como hemos visto, solamente en un sentido negativo, formal y secundario, al intentar atribuir a todos la mayor libertad posible y, por tanto, una libertad igual, consistente en una participación alícuota en la formación de la voluntad estatal.”⁷³

⁷² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 126.

⁷³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 126.

Por ello, en la concepción kelseniana de la democracia encontramos que la libertad es un tema más considerado y más desarrollado. El jurista austriaco cree que la libertad es un elemento esencial y exclusivo de la democracia; en cambio, si bien considera que la igualdad es parte de la democracia –de la democracia moderna–, también señala que es parte de la ideología autocrática. Por ello dice que “La absoluta independencia de la idea de igualdad –fuera de su concepto de igualdad para el uso de la libertad– respecto de la idea de democracia, se manifiesta claramente en el hecho de que la igualdad, no en su acepción política y formal, sino en cuanto equiparación material, esto es, económica, podría ser realizada en una forma que no fuese la democrática, o sea en la autocrática–dictatorial, no sólo tan bien como bajo aquélla, sino tal vez mejor.”⁷⁴

La igualdad ayuda a hacer más atractiva y aceptable la democracia como ideología del autogobierno del pueblo. Los individuos aceptan a la democracia no sólo porque permite que el pueblo participe en el gobierno, sino también porque considera iguales tanto a los gobernantes como a los gobernados. Por ello, Kelsen dice que “El sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el ‘yo’ quiere que también el ‘tú’ sea libre, porque ve en él su *igual*.”⁷⁵

Mientras la autocracia sólo tiene como elemento a la igualdad, la democracia tiene como elementos tanto a la libertad y a la igualdad. Mientras en el ámbito ideológico la democracia promete libertad e igualdad, la autocracia, por su parte, promete fundamentalmente la igualdad económica. El concepto de la democracia se fortalece con la igualdad, “Por esto la ideología política no renuncia jamás a hacer solidarias libertad e igualdad, siendo precisamente característica para la democracia la síntesis de ambos principios.”⁷⁶

⁷⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 127.

⁷⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 138. La cursiva es nuestra.

⁷⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág.16.

La igualdad es, pues, un elemento que cobra importancia a partir de la democracia moderna, esto es, con la llamada democracia indirecta o representativa. En la antigüedad, en la llamada democracia directa, el elemento rector y fundamental era la libertad.

Por otra parte, Kelsen dice que “Si la Sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres, y, por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en libertad social o política. Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena. Con esto queda planteada la principal diferencia entre formas del Estado y de la Sociedad.”⁷⁷ Esto significa que la libertad en la democracia no es la libertad natural, sino la libertad social, una libertad limitada por el orden jurídico y el derecho de los otros individuos que también forman parte de la sociedad y del Estado.

Esto quiere decir que el hombre es realmente libre en el estado natural, pero ya no lo es en la sociedad y en el Estado. Afirmar que es libre en el Estado o en la democracia, como lo era en el estado de naturaleza, es una falsedad. Kelsen no puede ocultar esta verdad. Por ello, trata de buscar una explicación de la “transformación” y la “mutación” que sufre la libertad en su paso del estado natural a la sociedad. Él dice que ahora la libertad es elegir a sus gobernantes o participar en la creación de las normas jurídicas que regulan su conducta. Por ello, tratando de salvar el significado de la libertad, señala que “El ideal de libertad –como todo ideal social– es, desde el punto de vista de la ciencia política, únicamente un ideal relativo.”⁷⁸

Sin embargo, en momentos de sinceridad tiene que admitir que el hombre ya no es libre en el sentido de que ya no puede determinar sus propios actos, pues está limitado por el orden jurídico. Al respecto dice: “Rousseau apoya, por consiguiente, el principio de la democracia directa. Sin embargo, aun en el caso de que la voluntad del

⁷⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 16-17.

⁷⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 211-212.

Estado sea creada directamente por la decisión de una asamblea popular, *el individuo sólo es libre en el momento en que deposita su voto, e incluso entonces solamente en el caso de que vote con la mayoría y no forme parte de la minoría derrotada.*⁷⁹ Es decir, si en una democracia directa, la máxima democracia posible, el hombre no siempre es libre, entonces en una democracia indirecta o representativa, lo es todavía menos. Kelsen añade: “Esta consecuencia muestra claramente la incompatibilidad de la definición de la libertad de Rousseau, la idea de la libertad natural, con el ordenamiento social.”⁸⁰ Como vemos, la libertad del hombre, tal como existía en el estado de naturaleza, no existe más. La libertad de la democracia no es plena, sólo existe en pocos ámbitos de la vida de los individuos. Lo que sí es definitivo es que no hay nada de igual o parecido entre la libertad del estado natural con la libertad social o estatal.

1.2.2. EL PUEBLO

Como acabamos de ver, Kelsen considera que la libertad y la igualdad son elementos de la democracia. Asimismo, afirma que el pueblo es uno de “[...] los elementos constructores [...]”⁸¹ de la democracia.

Para Kelsen el pueblo es el ámbito de validez personal de las normas jurídicas, es decir, el pueblo es el conjunto de individuos cuyo comportamiento es regulado por las normas jurídicas del Estado. Esta es la definición kelseniana del pueblo del Estado.

Kelsen considera que el elemento central del concepto de pueblo es el elemento jurídico y no los conglomerados de hombres y mujeres. Su unidad sólo puede ser posible concibiéndolo jurídicamente. No cabe otra forma de unidad del pueblo estatal. Es por ello que Kelsen dice que “[...] la unidad del pueblo es sólo una realidad jurídica que puede ser descrita con alguna precisión en los siguientes términos: Unidad de

⁷⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 235. Las cursivas son nuestras.

⁸⁰ *Ibídem.*

⁸¹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 29.

ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella.”⁸²

Kelsen añade: “Y precisamente en esta función substancial para la idea de la democracia, precisamente en el momento en que el ‘pueblo’ influya en el proceso de la erección de las normas, se manifiesta la diferencia inexcusable entre este ‘pueblo’ y el ‘pueblo’ como masa de los sometidos a las normas.”⁸³ Aquí Kelsen diferencia dos conceptos de pueblo: el pueblo como creador de las normas (el pueblo normativo) y el pueblo de los hombres (el pueblo físico). Kelsen continuando lo anterior señala: “[...] los ideólogos demócratas no aprecian en la mayoría de los casos el abismo que salvan al identificar el ‘pueblo’ en ambas acepciones. La participación en la formación de la voluntad colectiva es el contenido de los llamados *derechos políticos*. El pueblo como conjunto de los titulares de estos derechos, representa, aun en una democracia radical, sólo un pequeño sector de la totalidad de los sometidos a la ordenación política, o sea del pueblo como objeto del poder. Ciertos límites naturales, como la *edad*, la capacidad mental y moral, se oponen a la generalización de los derechos políticos y restringen al pueblo en el sentido activo, en tanto que para el concepto del pueblo en el sentido pasivo no existe restricción alguna.”⁸⁴ Kelsen señala que hay un concepto activo y pasivo de pueblo. El pueblo que participa activamente en la política es el concepto activo y el pueblo que participa poco o nada en la política es el concepto pasivo. Por consiguiente, vemos que no habría solamente dos acepciones de pueblo, sino cuatro: 1) pueblo normativo, 2) pueblo físico, 3) pueblo activo y 4) pueblo pasivo.

En todo esto volvemos a ver, como en toda la obra de Kelsen, que existen dos o más conceptos de un mismo ente o institución jurídica o política (los dos conceptos del Derecho y del Estado que maneja Kelsen son un ejemplo de ello).

Por otra parte, Kelsen cree que los derechos políticos deben ser para todos los individuos, y no sólo para los ciudadanos de un país. Por ello señala que “[...] los

⁸² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 30-31.

⁸³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 32-33.

⁸⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 33.

derechos políticos no son inherentes a la nacionalidad. Así, por ejemplo, la Constitución de la Rusia soviética, derribando una barrera milenaria, concede la igualdad política a los extranjeros residentes en Rusia por razón de su trabajo.”⁸⁵ Ésta es una de las pocas concesiones que le hace Kelsen a la Rusia bolchevique, ya que, por lo demás, la teoría kelseniana de la democracia se construye y afianza en permanente polémica con ella y con su doctrina política.

1.3. ASPECTOS DE LA DEMOCRACIA

1.3.1. DEMOCRACIA Y LIBERALISMO

La democracia es para Kelsen, como hemos visto, un método de participación de los individuos en la creación de las normas jurídicas del Estado.

El liberalismo político “[...] es una doctrina del Estado limitado tanto con respecto a sus poderes como a sus funciones.”⁸⁶ Esto significa que para el liberalismo el Estado tiene un poder limitado, es decir, existen ámbitos de los individuos en los que el poder estatal no puede ingresar ni regular. Estos ámbitos están plasmados en diversos derechos: libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, libertad de ciencia, etc.

La democracia y el liberalismo son, pues, dos cosas diferentes. Lo mismo piensa Kelsen, quien señala que “Es importante darse cuenta de que el principio democrático y el principio liberal no se identifican y de que, incluso, existe entre ellos un cierto antagonismo. Con arreglo al principio democrático, el poder del pueblo es ilimitado o, como lo formula la declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano: ‘el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación’. Esta es la idea de la soberanía del pueblo. El liberalismo, sin embargo, significa limitación del poder

⁸⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 34.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, traducido por José Fernández Santillán, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2002, pág. 17.

gubernamental, sea cual sea la forma de gobierno. Significa también limitación del poder democrático. En suma: la democracia es esencialmente un gobierno del pueblo. El elemento procedimental ocupa siempre el primer plano, mientras que el elemento liberal –como contenido particular del ordenamiento social– es de importancia secundaria. También la democracia liberal es en primer lugar un procedimiento específico.”⁸⁷

Kelsen dice, pues, que el liberalismo y la democracia son diferentes e incluso opuestos; sin embargo, también señala que ambos *coinciden*. Así vemos que manifiesta que “Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos. En la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, *la democracia coincide con el liberalismo político, aún cuando no coincida necesariamente con el económico.*”⁸⁸ Kelsen dice aquí que la democracia *coincide* con el liberalismo político, pero no con el liberalismo económico. Lo cierto es que el jurista austríaco generalmente critica a la propiedad privada, que es uno de los principios fundamentales del liberalismo económico. Al respecto señala: “Es la misma técnica que encontramos en la idea del derecho de propiedad ‘inviolable’, ‘bien adquirido’, inatacable por las variaciones del Derecho objetivo, según piensa la teoría jurídica de una clase social dominante.”⁸⁹ Al respecto habría que agregar que Kelsen es, desde el punto de vista económico, un socialista confeso.

Nuestro autor, por otra parte, señala que la democracia moderna es diferente a la democracia antigua porque ha sido modificada “[...] por el liberalismo político, cuya tendencia es la reducción del poder del gobierno en interés de la libertad del individuo.”⁹⁰

⁸⁷ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 210-211.

⁸⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 341-342. Las cursivas son nuestras.

⁸⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 421.

⁹⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 210.

Si bien Kelsen relaciona generalmente a la democracia con el liberalismo político, también relaciona a la democracia con el liberalismo económico, sobre todo con el principio de la libertad económica. Por ello, dice que “Este es el ideal de justicia de la democracia liberal que garantiza *la libertad económica*, la libertad de religión y la libertad de ciencia.”⁹¹ Con esto el jurista austriaco contradice su anterior afirmación en la que señalaba que “[...] la democracia coincide con el liberalismo político, *aún cuando no coincida necesariamente con el económico*.”⁹² En esta cita dice que la democracia no coincide necesariamente con el liberalismo económico, pero en la anterior cita sí señala que la democracia garantiza la libertad económica, que es un principio del liberalismo económico. Aquí hay una contradicción entre ambas afirmaciones de Kelsen.

Lo cierto es que la teoría kelseniana relaciona a la democracia fundamentalmente con el liberalismo político. Por ello, vemos a Kelsen señalar que “La democracia moderna no puede separarse del liberalismo político.”⁹³ Aquí dice que la democracia es inseparable del liberalismo político, pero en la siguiente cita sostiene que decir democracia moderna es lo mismo que decir democracia liberal. Esto es lo que quiere manifestar cuando señala que “La democracia liberal o moderna es, sin embargo, solamente un tipo particular de democracia.”⁹⁴ Estas citas demuestran que para nuestro famoso autor la democracia moderna no sólo es inseparable del liberalismo político, sino también es idéntico con ella. Otra muestra de ello es cuando señala que “El Estado liberal es aquel cuya forma es la democracia [...] Frente a esta forma se halla el Estado antiliberal o autocracia.”⁹⁵ Aquí Kelsen iguala al Estado liberal con la democracia, o, lo que es lo mismo, iguala al liberalismo con la democracia.

⁹¹ KELSEN, Hans, et al., *Crítica al Derecho natural*, traducido por Elías Díaz, Madrid, Taurus Ediciones, 1966. Pág. 79. Las cursivas son nuestras.

⁹² KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 341-342. Las cursivas son nuestras.

⁹³ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 243.

⁹⁴ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 210.

⁹⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 414.

Todo lo anterior nos muestra diversas y diferentes opiniones de Kelsen sobre la relación entre la democracia y el liberalismo. Así vemos que primero dice que la democracia sólo coincide con el liberalismo político; luego señala que la democracia también coincide con el liberalismo económico, pues garantiza la libertad económica; después manifiesta que la democracia no puede separarse del liberalismo político, etc. Por consiguiente, Kelsen manifiesta diversas y contradictorias afirmaciones sobre las relaciones entre la democracia y el liberalismo.

Asimismo, hemos visto que Kelsen afirma que el liberalismo político es el contenido de la democracia; es decir, está identificando a la democracia con un contenido determinado: el liberalismo político. Esto contradice su tesis según la cual la democracia es una forma que no se identifica con un contenido determinado.

1.3.2. DEMOCRACIA DE LA EJECUCIÓN

Kelsen dice que “Es una exigencia democrática evidente que al pueblo debe corresponder no sólo la legislación, sino también una ejecución lo más directa posible [...]”⁹⁶ Asimismo, señala que “En principio, todos los grados de la administración y de la justicia son susceptibles de democratizarse, si los órganos de las mismas son órganos colegiales, no designados por autoridades superiores, sino por los mismos súbditos [...]”⁹⁷ Del mismo modo, afirma que “[...] nada impide que, aparte de la representación popular para la legislación, elija el pueblo un nuevo *collegium* como supremo órgano ejecutivo.”⁹⁸ Aquí Kelsen defiende la democratización de la función ejecutiva, y lo hace fundamentalmente desde el punto de vista de la *teoría* de la democracia.

Como vemos, en estas afirmaciones Kelsen considera que democratizar la función ejecutiva (administración y jurisdicción), ayuda a democratizar más al Estado.

⁹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 457. Las cursivas son nuestras.

⁹⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 459.

⁹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 457.

Asimismo, manifiesta que se debe elegir órganos *colegiados* para la administración y la ejecución, y esto se debe a que Kelsen considera que un órgano colegiado (varios individuos) es más democrático que un órgano unipersonal (un solo individuo), es decir, que “Un parlamento electo por la totalidad del pueblo es más democrático que un presidente electo del mismo modo.”⁹⁹ Kelsen cree esto porque siendo el parlamento un órgano colegiado (muchos individuos), entonces están representadas las minorías, algo que no es posible en la elección del presidente de la república, pues es un órgano unipersonal (un solo individuo), que únicamente representa a la mayoría que lo elige.

Hasta aquí es claro y evidente que Kelsen está de acuerdo con la democratización de la administración y la jurisdicción.

Sin embargo, también señala que “[...] dentro de ciertos límites, la forma autocrática de la ejecución no es la antítesis radical de la democracia legislativa, y que el postulado de una administración democrática, para que sea algo más que un vulgar tópico, no puede tener sino una validez condicionada y limitada –en interés de la misma democracia, precisamente.”¹⁰⁰ Y es que “[...] la existencia de todo orden social supone necesariamente este mínimo de autocracia o, con otras palabras, esta limitación del principio democrático de la autodeterminación.”¹⁰¹ Aquí Kelsen considera que la democracia debe ser limitada con cierto grado de autocracia. Esto significa que él ya no sigue creyendo en la democratización de la función ejecutiva (administración y jurisdicción), o, para ser más exactos, ya no sigue creyendo que sea indispensable la democratización de la ejecución.

Por eso no sorprende que luego de haber afirmado que es conveniente la democratización de la función ejecutiva, pase a justificar su forma autocrática. Veamos uno de sus argumentos: “Pero, por otra parte, por razones puramente técnico-sociales, se hace patente la necesidad de la división del trabajo en el ámbito de la ejecución más que en el de la legislación; lo cual excluye toda participación directa del pueblo en dicha

⁹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 355.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 462.

¹⁰¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 463.

función, pues los actos ejecutivos no podrían reservarse a la asamblea popular más que en comunidades muy pequeñas, y cuando la ejecución se limitase a la guerra y a la administración de justicia en lo criminal.”¹⁰² Kelsen está diciendo aquí que el pueblo no puede manejar la función ejecutiva de manera directa, y eso es obvio. Todos sabemos que la democracia directa ya no es posible en el Estado moderno. En la actualidad solamente es posible la democracia *indirecta y representativa*. Lo cierto es que así como la legislación es democrática porque se eligen a los parlamentarios, del mismo modo, la ejecución será democrática si se eligen a los órganos ejecutivos. La democratización de la ejecución no tiene, pues, nada que ver con la democracia directa. Por otra parte, tampoco es verdad que la división del trabajo es más necesaria en la ejecución que en la legislación, pues lo cierto es que en ambas es igualmente necesaria la división del trabajo. Por ello, es un error señalar que el principio de la división del trabajo es lo que impide la democratización de la ejecución, pues si eso fuera cierto, entonces tampoco podría democratizarse la legislación, ya que en ella también existe división del trabajo. El único requisito que una democracia necesita para ser tal, por lo menos en la actual democracia representativa, es, según lo ha sostenido reiteradamente incluso el mismo Kelsen, es que se elijan a los órganos legislativos y ejecutivos. Por ello, la legislación se considera democrática porque sus órganos son elegidos por el pueblo. Del mismo modo, la ejecución será democrática si se eligen a sus órganos. Eso es todo. Por tanto, se equivoca Kelsen al querer justificar la forma autocrática de la ejecución en el hecho de que en ella existe la división del trabajo. Si esto fuera cierto, entonces tampoco la legislación podría ser democrática, pues en ella también existe la llamada división del trabajo.

Otro argumento de Kelsen para justificar la autocracia de la ejecución es el siguiente: “Podría parecer que el ideal de la democracia es más perfectamente realizado cuando no sólo la legislación, sino también la ejecución (administración y poder judicial), se encuentran completamente democratizadas. Sin embargo, un examen más detenido revela que este no es necesariamente el caso. Como la ejecución, por su definición misma, es ejecución de leyes, la organización del poder

¹⁰² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 457.

ejecutivo tiene que garantizar la legalidad de tal ejecución. Las funciones administrativas y judiciales deben ajustarse en la mayor medida posible a las leyes expedidas por el órgano legislativo. Si la legislación es democrática, es decir, si expresa la voluntad del pueblo, entonces la ejecución será tanto más democrática cuanto en mayor medida corresponda al postulado de legalidad.”¹⁰³ Es ingenioso este argumento de Kelsen: “Si la legislación es democrática, es decir, si expresa la voluntad del pueblo, entonces la ejecución será tanto más democrática cuanto en mayor medida corresponda al postulado de legalidad”. Es decir, la ejecución es democrática no porque sus órganos sean elegidos por el pueblo, sino porque ejecutan las leyes emanadas de un parlamento que sí ha sido elegido por el pueblo. Esto significa que el carácter democrático de la administración y la jurisdicción dependen de que el parlamento tenga un carácter democrático. Esto nos parece absurdo. Y es que así como un parlamento es democrático porque ha sido elegido por el pueblo, del mismo modo, el presidente de la república es un órgano democrático si su elección ha sido producto del voto popular. Por consiguiente, también el poder ejecutivo y el poder judicial serán democráticos si son elegidos mediante elección popular. La elección es la única manera de que un órgano del Estado pueda adquirir el carácter democrático. No existe otro modo. Por ello, Kelsen se equivoca al señalar que el carácter democrático se adquiere de manera indirecta. De aceptar esto, también tendríamos que aceptar que el presidente de la república es un órgano democrático porque “ejecuta las leyes de un parlamento elegido por el pueblo” y no porque ha sido elegido por el pueblo, lo cual sería un absurdo.

Asimismo, Kelsen manifiesta que “La organización democrática de la función suprema, la creación del Derecho, es de mucha mayor importancia para el carácter democrático del sistema político en su conjunto que la organización democrática de la función de aplicación del Derecho, es decir, la función administrativa y judicial.”¹⁰⁴ Es decir, para que un Estado sea considerado una democracia sólo es necesario que el parlamento sea democrático. El hecho de que la administración y la jurisdicción sean

¹⁰³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 355-356.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 309.

autocráticas, no afecta el carácter democrático del Estado. Con esto Kelsen lo único que hace es conformarse con la realidad de la democracia moderna, pues la única exigencia para que ésta sea considerada como tal, es que se elija al parlamento y al presidente de la república. Ya no interesa que se elijan también a los órganos jurisdiccionales o a los otros órganos administrativos (como los ministros, por ejemplo) para que se considere al Estado como una democracia.

En conclusión, Kelsen se olvida de sus afanes de democratizar las funciones ejecutivas y jurisdiccionales, y se conforma, finalmente, solamente con la democratización de los órganos legislativos. Abandona la exigencia de la *teoría ideal* de la democracia y se queda únicamente con la *realidad*.

1.4. CLASES DE DEMOCRACIA

1.4.1. DEMOCRACIA DIRECTA

La democracia directa, también llamada democracia de asamblea, es aquella en la cual los individuos participan directamente, sin intermediarios, en el gobierno del Estado. Para Kelsen “La democracia directa se caracteriza por el hecho de que la legislación, lo mismo que las principales funciones ejecutivas y judiciales, son ejercidas por los ciudadanos en masa, reunidos en asamblea.”¹⁰⁵ En este sentido, la democracia directa representa el más alto grado de realización del ideal de la democracia.

Sin embargo, aunque la democracia directa es la máxima realización del ideal de la democracia, lo cierto es que incluso en ella no todos los individuos tenían “[...] el derecho de participar en las deliberaciones y decisiones de la asamblea popular. Los

¹⁰⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 342.

niños, las mujeres y los esclavos –allí donde existe la esclavitud- encuéntranse excluidos.”¹⁰⁶

La democracia directa solamente fue posible en comunidades con poblaciones muy pequeñas y con territorios poco extensos. En la actualidad su implementación es casi imposible, pues los Estados modernos son muy extensos y su población es muy densa, es decir, “Tal organización únicamente resulta posible dentro de comunidades pequeñas [...]”¹⁰⁷

La democracia directa es difícil de implementar en el Estado moderno porque en éste los asuntos gubernamentales son más complejos y se requiere conocimientos especializados, algo que el ciudadano común generalmente no posee. Además, en la antigüedad, los individuos reunidos en asamblea solamente realizaban ciertos actos de gobierno, muy sencillos por cierto, tales como “[...] sentencias en juicio, elección de jefes, declaración de guerra, etc. [...]”¹⁰⁸

Actualmente casi no existe la democracia directa. Forma parte del pasado. En el Estado moderno actual existe la democracia indirecta o representativa, la cual vamos a analizar a continuación.

1.4.2. DEMOCRACIA INDIRECTA O REPRESENTATIVA

La democracia indirecta, también llamada democracia representativa, es aquella en la que los individuos gobiernan el Estado por medio de representantes elegidos en elección popular.

La democracia indirecta es diferente a la democracia directa. En ésta los individuos gobiernan directamente; en cambio, en aquélla los individuos no gobiernan directamente, sino que *supuestamente* lo hacen mediante otros individuos llamados representantes. Ésta es la diferencia fundamental entre ambas.

¹⁰⁶ Ibídem.

¹⁰⁷ Ibídem.

¹⁰⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 435.

En la democracia representativa los individuos no gobiernan realmente, solamente se limitan a elegir a sus representantes (parlamentarios y jefe de Estado). Por eso Kelsen tiene que admitir que “[...] ninguna de las democracias a las que se da el nombre de ‘representativas’ es realmente representativa.”¹⁰⁹ Y no es representativa porque la representación implica que el representado puede obligar jurídicamente al representante a hacer o no hacer su voluntad, y esto es algo que no sucede en las democracias indirectas, pues en éstas no existe mecanismos legales que obliguen a los representantes a hacer la voluntad del pueblo, esto es, de los representados. Por ello, Kelsen señala que “[...] en casi todas las llamadas democracias ‘representativas’ los miembros electos del parlamento y otros funcionarios de elección popular, especialmente el jefe del Estado, *no son jurídicamente responsables ante el cuerpo electoral*.”¹¹⁰

Si quisiéramos utilizar el concepto de la llamada democracia directa para analizar la democracia representativa, llegaríamos a la conclusión de que la democracia representativa no es una democracia. Por eso, la teoría de la democracia tiene que cambiar de concepto y adaptarlo a la realidad actual, y, de ese modo, lograr que el Estado democrático sea aceptado como una democracia. Lo cierto es que en la democracia directa el pueblo gobernaba realmente, en menor o en mayor grado, el Estado; en cambio, en la democracia indirecta o representativa el pueblo prácticamente se limita a elegir representantes para que gobiernen el Estado. Es decir, en la democracia antigua el pueblo gobernaba, en la democracia moderna el pueblo no gobierna. Ante esta realidad la teoría de la democracia tiene, pues, que cambiar de concepto y sostener que una democracia es tal si el pueblo elige a sus gobernantes. Pero como esto no es suficiente para concordar ambos conceptos de la democracia, entonces crea la ficción según la cual los individuos sí gobiernan, pero lo hacen de manera indirecta, mediante representantes; es decir, los representantes gobiernan realizando la voluntad del pueblo que los ha elegido, lo cual es totalmente falso. Kelsen denuncia esta falsedad; por ello señala que “ninguna democracia representativa es

¹⁰⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 344.

¹¹⁰ *Ibidem*.

realmente representativa”. Quizá habría que agregar que ninguna democracia es realmente tal, por lo menos en el sentido de la idea original de la democracia. La democracia moderna se limita a elegir a unos cuantos órganos del Estado para que gobiernen, lo cual se parece muy poco a la llamada democracia directa o de asamblea.

Kelsen justifica a la democracia indirecta señalando que el Estado actual, por el nivel de su población y de su territorio, hace casi imposible implementar la democracia directa.

Además, sostiene que el principio de la división del trabajo es otro aspecto que también hace inviable su implementación. Al respecto señala: “También en este dominio de la formación de voluntad estatal o creación de Derecho, la diferenciación progresiva de las relaciones sociales obliga a adoptar el principio de la división del trabajo. Las funciones legislativa y ejecutiva pasan de la masa de súbditos a determinados individuos o grupos. La voluntad de libertad política o autodeterminación se limita a la designación de órganos especializados, hecha por los súbditos.”¹¹¹

1.4.2.1. EL PARLAMENTARISMO

Generalmente se concibe al parlamentarismo como un régimen político que se caracteriza por el hecho de que la elección del poder ejecutivo depende del parlamento y en el que aquél es responsable políticamente ante éste.

Para Kelsen no tiene el mismo significado. Para él el parlamentarismo es un Estado democrático en el que se elige un parlamento, o, para decirlo con sus propias palabras, es “*Formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático obrando a base del principio de la mayoría.*”¹¹² Como vemos, el concepto de Kelsen difiere al de la doctrina tradicional, lo cual se explica por el hecho

¹¹¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 435.

¹¹² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 50.

de que él se interesó más en una diferenciación general entre las dos grandes formas de Estado o gobierno, esto es, entre la democracia y la autocracia.

Para el jurista austriaco la única democracia posible en el Estado moderno es el parlamentarismo. Para él decir democracia moderna es decir parlamentarismo. Por eso afirma que “[...] el fallo sobre el parlamentarismo es, a la vez, el fallo sobre la democracia.”¹¹³ Es decir, Kelsen creía que hablar del parlamentarismo era, en realidad, hablar de la democracia. Del mismo modo, creía que criticar o atacar al parlamentarismo era, en realidad, criticar o atacar a la democracia. Pero como atacar directamente a la democracia no era conveniente, pues la democracia, a pesar de todos sus defectos, es la forma de Estado más aceptada por el pueblo, entonces se le atacaba de manera encubierta, sobre todo por aquellos que defendían la forma autocrática del Estado. Kelsen exigía “[...] que esa lucha se plantee abiertamente, es decir, como lucha contra la democracia.”¹¹⁴ Obviamente, las ideologías autocráticas, en su gran mayoría, jamás se enfrentaron abiertamente contra la democracia. Políticamente no les convenía hacerlo.

Por otra parte, Kelsen manifiesta que el principio de la libertad es limitada en el parlamentarismo, “Primero, por el principio de la mayoría [...]”¹¹⁵, pues las decisiones no son tomadas por unanimidad, sino por una mayoría de los individuos. En segundo lugar, es limitada por “[...] lo indirecto de la formación de la voluntad [...]”¹¹⁶ Esto es, porque la creación del orden jurídico no es hecha directamente por el pueblo, sino de manera indirecta, por medio de órganos elegidos por los ciudadanos.

Ahora bien, Kelsen diferencia el parlamento unicameral del parlamento bicameral, pues afirma que “El sistema unicameral parece corresponder más íntimamente a la idea de la democracia. El bicameral, típico de la monarquía constitucional y del Estado

¹¹³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 50.

¹¹⁴ KELSEN, Hans, *El Estado como integración; una controversia de principio*, traducido por Juan Antonio García Amado, Madrid, Editorial Tecnos, 1997. Pág. 134.

¹¹⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 51.

¹¹⁶ *Ibidem*.

federal, es siempre una atenuación del principio democrático. Las dos cámaras tienen que ser formadas de acuerdo con principios diversos, a fin de que una de ellas no sea la superflua duplicación de la otra. Si una de ellas es perfectamente democrática, a la otra tiene que faltarle en alguna medida ese carácter.”¹¹⁷ Esto puede ser cierto respecto a la monarquía constitucional y el Estado federal, pero actualmente en la mayoría de países se eligen a las dos cámaras de manera democrática.

Asimismo, Kelsen demuestra conocer perfectamente cómo se realiza el trabajo parlamentario. Al respecto señala: “Se presupone que la actividad del parlamento no es permanente, sino periódica, pues las modificaciones del fundamento del orden jurídico –creación y modificación de normas generales– no son la regla, sino la excepción; lo contrario que el establecimiento de normas jurídicas individuales de la administración y la jurisdicción, cuya actividad tiene que ser continua.”¹¹⁸ En efecto, en este aspecto es acertada la opinión del jurista austriaco, ya que lo que señala refleja, en gran medida, lo que es la realidad de la organización y el funcionamiento de los parlamentos modernos. Además, Kelsen manifiesta que “Aquí se hace más difícil considerar como secundaria la actividad del parlamentario, de donde resulta que éste no se conforma ya con percibir dietas por asistencias efectivas a las sesiones, sino que cobra sueldo fijo.”¹¹⁹ De este modo, Kelsen describe la naturaleza del trabajo del parlamentario, relevando su desempeño y considerándolo como su actividad principal. Asimismo, Kelsen continúa describiendo las características del funcionamiento del parlamento; al respecto señala que “Las iniciativas del gobierno gozan, por regla general, de una cierta preferencia sobre las demás en la discusión. En el sistema bicameral se exige que ciertas leyes (las financieras, por ejemplo) sean discutidas simultáneamente por las dos cámaras.”¹²⁰ Tenemos que expresar nuestra conformidad con el maestro austriaco, pues lo señalado por él hace más de medio siglo, puede fácilmente ser considerado

¹¹⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 354.

¹¹⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 446.

¹¹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 447.

¹²⁰ *Ibidem*.

una descripción del funcionamiento de los actuales parlamentos que existen en los Estados democráticos.

Por otro lado, Kelsen considera que el principio de publicidad “[...] *constituye un principio fundamental de la democracia parlamentaria.*”¹²¹ Habría que agregar que para la teoría de la democracia, el principio de publicidad es inherente a toda democracia. Es un principio diferenciador entre la democracia y la autocracia, la cual se caracteriza por su tendencia a ocultar los actos de los gobernantes. Por lo tanto, no sorprende que Kelsen señale que la publicidad es un principio fundamental de la democracia parlamentaria, pues ésta es una tesis que pertenece a la teoría democrática moderna y no sólo a la teoría kelseniana.

Además, el jurista austriaco señala que “La publicidad del procedimiento parlamentario sustituye hasta cierto punto la imposibilidad de una participación directa del pueblo en la formación de voluntad estatal.”¹²² Más que sustituir la participación directa de los individuos, el principio de publicidad tiene, como dice el mismo Kelsen, un “[...] efecto más controlador [...]”¹²³ de la función parlamentaria.

Ahora bien, Kelsen dice que “El parlamento es soberano y la soberanía del parlamento es, en una democracia representativa, la soberanía del pueblo.”¹²⁴ Habría que recordarle a Kelsen que él mismo ha dicho que el parlamento no representa realmente al pueblo; por eso, como hemos visto, él sostiene que la tesis según la cual el parlamento representa al pueblo, es una ficción. Más aún, nuestro autor señala que “[...] *la teoría de la soberanía popular es una ficción: el dogma político está en contradicción con la realidad jurídica.*”¹²⁵ Como vemos, Kelsen incurre en una evidente contradicción.

¹²¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 448. Las cursivas son nuestras.

¹²² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 448.

¹²³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 448. Las cursivas son nuestras.

¹²⁴ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 312.

¹²⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 401. Las cursivas son nuestras.

Por otra parte, Kelsen sostiene que uno de los principales problemas del parlamentarismo es el llamado obstruccionismo. Por éste entendemos el mecanismo que las minorías parlamentarias utilizan para evitar que se apruebe una iniciativa legislativa o para evitar que se tomen determinados acuerdos. En principio Kelsen señala que el obstruccionismo es “[...] uno de los más difíciles y peligrosos problemas del parlamentarismo [...]”.¹²⁶ Asimismo, afirma que el obstruccionismo busca paralizar “[...] de tiempo en tiempo el mecanismo parlamentario [...]”.¹²⁷ Sin embargo, Kelsen también sostiene que “De hecho, el obstruccionismo ha sido a menudo un medio no precisamente para hacer imposible la formación de la voluntad parlamentario, sino para conducir en definitiva a ésta hacia un compromiso entre mayoría y minoría.”¹²⁸ Es decir, Kelsen considera que el obstruccionismo es un mecanismo que paraliza de tiempo en tiempo el funcionamiento parlamentario; pero, a la vez, facilita la transacción, el acuerdo y el compromiso entre la mayoría y la minoría.

Pero el obstruccionismo no es el único que hace posible los acuerdos, las transacciones y los compromisos entre la mayoría y la minoría; también lo hace el llamado principio de mayoría (en tanto sistema de votación). Por eso Kelsen señala que “En la medida en que el principio de la mayoría divide esencialmente a los sometidos a las normas únicamente en dos grupos, el de la mayoría y el de la minoría, crea la posibilidad de un *compromiso*. El compromiso significa: posponer lo que separa a los asociados a favor de lo que les une. Todo *trueque*, todo acuerdo, es un compromiso; pues compromiso significa: *tolerarse*. Toda integración social sólo es posible en último término a través del compromiso. La propia mayoría sólo puede originarse a través de tal compromiso. El juicio desfavorable que se emite no infrecuentemente sobre el principio del compromiso y sobre una actitud proclive al compromiso, no procede de la ideología de la libertad como autodeterminación. Una mirada superficial sobre la praxis parlamentaria muestra ya que, precisamente dentro del sistema parlamentario, el principio de la mayoría da buen resultado en cuanto principio del compromiso, de

¹²⁶ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 101.

¹²⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 448.

¹²⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 102.

compensación de las contradicciones políticas. Todo el *procedimiento parlamentario* se dirige a la consecución de una vía media entre intereses en contradicción entre sí, de una resultante entre fuerzas sociales contradictorias. Dicho procedimiento crea garantías para que los distintos intereses de los grupos representados en el parlamento obtengan la palabra y puedan manifestarse como tales en un debate *público* y si tiene un sentido profundo el procedimiento específicamente dialéctico-contradictorio del parlamento, éste sólo puede consistir en que de la contraposición en forma de tesis y antítesis de los intereses políticos surge de alguna manera una síntesis que aquí sólo puede significar: un compromiso.”¹²⁹ El parlamento es, pues, el lugar ideal para que se practique el juego democrático, es decir, el debate, el enfrentamiento, la conciliación, la transacción, los acuerdos y los compromisos entre las diversas fuerzas políticas existentes.

Y aunque el jurista austríaco habla favorablemente del principio de mayoría en tanto sistema de votación para tomar acuerdos, no hace lo mismo cuando habla del principio de mayoría en tanto sistema electoral (sobre todo cuando se va a elegir al parlamento); por ello, dice que “Si se aplicara un sistema *mayoritario* puro en la elección al parlamento, sin perturbar de ninguna manera la geometría electoral, entonces en el parlamento estaría únicamente la mayoría, no estaría representada ninguna minoría, y el procedimiento parlamentario no podría realizar su verdadero sentido.”¹³⁰

En cambio, Kelsen sí habla favorablemente del sistema *electoral* proporcional como método de elección de representantes. Más aún, manifiesta que es el presupuesto indispensable para que el principio de mayoría, en tanto sistema de votación para tomar acuerdos, pueda fomentar la integración entre los diversos partidos y grupos políticos representados en el parlamento. Por eso afirma que “Al sistema proporcional se le ha reprochado especialmente que estimula la formación de pequeños e incluso mínimos partidos, lo que entraña el peligro de *descomposición* de

¹²⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 99-100.

¹³⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 100.

los partidos. Esto es cierto y sin duda lleva consigo el peligro de que en el parlamento ningún partido disponga de la mayoría absoluta, con lo que se dificulta la formación de una mayoría, que resulta indispensable para el funcionamiento del procedimiento parlamentario. Pero si consideramos el asunto desde más cerca, el sistema proporcional, visto desde esta perspectiva, significa únicamente que la necesidad de *coaliciones de partidos*, esto es, la necesidad de hacer pasar a un segundo plano las pequeñas diferencias entre los partidos y de ponerse de acuerdo con los intereses comunes más importantes, debe pasar de la esfera de los electores a la del parlamento. La *integración política* que subyace a las coaliciones de partidos, forzadas por el principio de la mayoría, es inevitable y de ninguna manera significa, desde el punto de vista de la técnica social, un mal, sino, al contrario, un progreso. Y no se puede negar seriamente que esta integración se realiza mejor en el seno del parlamento que en el de las amplias masas de electores. La amplia diferenciación en grupos de intereses políticos fomentada por el sistema proporcional sólo puede considerarse como el presupuesto necesario para una conveniente integración garantizada por el principio de la mayoría.”¹³¹

Como vemos, Kelsen pondera al principio de mayoría y minoría aplicado en el funcionamiento del parlamento. Esto llevará a Kelsen a considerar que la democracia parlamentaria es la forma de Estado que mejor garantiza la paz social. Al respecto manifiesta: “[...] la forma de Estado democrático con su principio de mayoría y minoría constituye la verdadera expresión de la sociedad actual dividida siempre en dos clases esenciales. Si existe alguna forma que ofrezca la posibilidad de apartar esta contraposición abismal, tan deplorable como real, de la catástrofe a que conduciría el camino de la revolución sangrienta, llevándola al de una armonía pacífica y gradual, *sólo puede ser la de la democracia parlamentaria*, cuya ideología es, en verdad, una libertad no asequible en la práctica social, pero cuya realidad es la paz.”¹³² Ésta es, pues, una prueba más de la preferencia de Kelsen por la democracia, aunque no tanto como cuando nuestro autor señala que “[...] la teoría política no conoce ninguna forma

¹³¹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 101.

¹³² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 98. Las cursivas son nuestras.

de Estado mejor que el parlamentarismo restringido por el referéndum.”¹³³ En este caso sobran los comentarios.

Por otra parte, Kelsen dice que “No es, seguramente, ninguna casualidad que en toda colectividad de cierto progreso técnico exista alguna especie de Parlamento, sino que en ello más bien ha de verse una ley de la construcción de los organismos sociales.”¹³⁴ Esto significa que para Kelsen todo Estado necesita de un parlamento, o de una especie de parlamento. Por ello, Kelsen señala que “Da que pensar especialmente el hecho de que incluso en las autocracias genuinas el monarca se vea en la necesidad de invocar en su apoyo una asamblea de personas que, como consejeros de Estado o con otra denominación análoga, le asisten, dedicándose, sobre todo a la preparación, asesoramiento e informe de las ordenanzas y normas generales que se promulgan en nombre del monarca.”¹³⁵ Y es que “[...] tampoco el autócrata, por sí solo, tiene medios de hacerlo, lo que en parte obedece a las mismas razones, a saber: falta de conocimiento y capacidad, aptitudes y temor a la responsabilidad.”¹³⁶ La verdad es que tanto la democracia como la autocracia necesitan de un parlamento, o, dicho de otro modo, el parlamento existe tanto en la democracia como en la autocracia.

Ahora bien, Kelsen manifiesta que “[...] especialmente si se tiene en cuenta que una parte muy importante, aunque no muy manifiesta, del trabajo legislativo no radica, ni aun en las modernas democracias, en el proceso parlamentario, sino en el Gobierno, cuya iniciativa directa o indirecta tiene que ser ejercitada con igual intensidad en las democracias parlamentarias que en las monarquías constitucionales, y que, por otra parte, la autoridad de las personalidades congregadas en estas corporaciones asegura con frecuencia, frente al monarca, una influencia mucho más vigorosa que la resultante de preceptos constitucionales.”¹³⁷ Lo cierto es que el trabajo legislativo no se da ni sólo

¹³³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 63. Cita de pie de página.

¹³⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 56.

¹³⁵ *Ibídem.*

¹³⁶ *Ibídem.*

¹³⁷ *Ibídem.* pág. 57.

en el parlamento ni sólo en el gobierno, la verdad es que tanto el uno como el otro son solamente etapas del proceso de creación de la ley. Así podemos señalar que la ley sigue un procedimiento determinado: 1) primero un parlamentario o el poder ejecutivo u otro órgano autorizado, presenta un proyecto de ley; 2) luego esa propuesta legal se discute y aprueba en el parlamento; 3) en tercer lugar, el jefe de Estado promulga el proyecto de ley; 4) la propuesta legal se publica en el diario oficial del Estado y, después de uno o más días, se convierte, recién entonces, en una ley. Como vemos, en la creación de las leyes siempre intervienen el parlamento, el jefe de Estado y, algunas veces, otros órganos del Estado (por ejemplo el presidente del poder judicial, que a veces tiene la facultad de presentar proyectos de ley).

Por lo tanto, sería inexacto decir que a veces sea el gobierno el único que realiza el trabajo legislativo. Lo cierto es que el gobierno solamente colabora en algunas de las etapas de creación de las leyes, pero jamás es el único que tiene a su cargo la creación de las leyes, ni siquiera en el caso de los llamados decretos legislativo, pues aún en ellos el parlamento tiene que autorizar al gobierno mediante una ley, es decir, el gobierno necesita que el parlamento le autorice y permita expedir los decretos legislativos.

LA FICCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

Kelsen sostiene que la teoría según la cual el parlamento representa al pueblo es una falsedad. A esto él lo llama “[...] *la ficción de la representación* [...]”.¹³⁸ Es decir, el parlamento no representa a nadie, ya que la representación presupone que el representante se encuentra obligado jurídicamente a obedecer al representado. Pero los parlamentarios no están obligados jurídicamente a obedecer la voluntad del pueblo; por ello, el pueblo no está realmente representado por el parlamento. Esto es algo que Kelsen ha señalado reiteradamente.

¹³⁸ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 52.

Pero Kelsen no sólo señala que la teoría de la representación es una ficción, sino también manifiesta que uno de los elementos en los que se basa es una ficción. Al respecto afirma: “[...] la teoría de la soberanía popular es una ficción [...]”.¹³⁹

Todo esto ha permitido que los enemigos de la democracia parlamentaria puedan criticar, con razón, que la llamada representación es un engaño, lo cual ha ocasionado el desprestigio del parlamentarismo.

Lo cierto es que Kelsen reconoce que el único momento en que el pueblo es representado es cuando participa en “[...] la elección de sus representantes.”¹⁴⁰ Es decir, que la voluntad del pueblo únicamente se da en el momento de la elección, ya que después de esa elección no existe ninguna clase de representación del pueblo por el parlamento.

Sin embargo, Kelsen sostiene que si se restablece el mandato imperativo, entonces el parlamento sí sería representante del pueblo, y, con ello, desaparecería la ficción de la representación. Kelsen dice que “[...] el parlamento podría ser considerado como órgano del pueblo, sin recurrir a ficciones, si el Derecho positivo determinase que aquél fuese el mandatario de éste, es decir, si estableciese que las resoluciones parlamentarias habían de estar ligadas en todo caso a lo que el pueblo manifestase de algún modo ser su voluntad. También esta relación es posible; las constituciones de tipo estamentario ponen a las clases y estamentos en esta situación de dependencia respecto de sus electores. Los representantes estaban ligados a las instituciones de sus electores, los cuales podían revocarles el mandato en caso de desacuerdo con su actuación. Pero la relación entre el parlamento y el pueblo está basada en esta misma idea, como lo prueba el hecho de que la calidad de miembro del parlamento, la situación jurídica del diputado, se conoce todavía con el nombre de ‘mandato’.”¹⁴¹ Como vemos, según nuestro autor, el mandato imperativo es lo que se necesita para

¹³⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 401.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 55.

¹⁴¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pp. 401-402.

que el parlamento pueda hacer realmente la voluntad del pueblo y para que sea su verdadero representante.

Asimismo, Kelsen señala que el “[...] parlamentarismo, como antes se indicó, puede ser también concebido sin auxilio de la ficción de la representación, *justificando su valor como medio específico y técnico-social para la estructuración de un orden estatal.*”¹⁴² Por consiguiente, el parlamentarismo se justifica porque contiene un mecanismo necesario para la creación del orden jurídico estatal, es decir, es un medio técnico social necesario para la creación de la voluntad estatal, pues como ya no es posible la llamada democracia directa o de asamblea, entonces el parlamentarismo es un medio indirecto de democracia (democracia indirecta o representativa). La realidad actual señala que ya no es posible que el pueblo se reúna en asamblea para crear ellos mismos las normas jurídicas. Como ellos no lo pueden hacer, entonces tienen que elegir a otros individuos para que se encarguen de crear el orden estatal. El parlamentarismo sirve para este objetivo de crear las normas estatales (creación indirecta).

Pese a los ataques recibidos, el principio de la representación continúa siendo una tesis justificativa de la democracia parlamentaria, y, aunque es una ficción, pues la realidad es contraria a ella, lo cierto es que actualmente sigue siendo parte importante de la moderna teoría de la democracia.

LA REFORMA DEL PARLAMENTARISMO

Kelsen, como hemos visto, es partidario de la democracia y del parlamentarismo. Y aunque él siempre se opuso a la posibilidad de eliminar al parlamentarismo, sin embargo, sí considera que el parlamentarismo tiene aspectos que pueden y deben mejorar.

¹⁴² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 55. Las cursivas son nuestras.

Por ello, propone diversas reformas al parlamentarismo que ayudarían, en primer lugar, a darle un carácter más democrático y, en segundo lugar, servirían para responder a las críticas que se le hacían desde diversos sectores, sobre todo de las ideologías autocráticas, tales como el comunismo y el fascismo.

Lograr una mayor participación del pueblo es, pues, uno de los objetivos que Kelsen espera lograr con la reforma del parlamentarismo. Entre las medidas que él plantea están la implementación del referéndum, la iniciativa legislativa, la eliminación de la inmunidad parlamentaria, la pérdida de la curul parlamentaria y la implementación de una versión moderna del mandato imperativo que sea compatible con el parlamentarismo.

Sobre el referéndum y la iniciativa legislativa, señala: “En el proceso legislativo es preciso combinar, en cierta medida, el principio de la democracia indirecta con el de la directa. Tal combinación está constituida por la institución de la ‘iniciativa popular’, en que el parlamento tiene que decidir acerca de proyectos legislativos firmados por un cierto número de ciudadanos. Otra forma de combinación de la democracia directa y la indirecta es el ‘referéndum’, de acuerdo con el cual ciertos proyectos aprobados por el parlamento tienen que ser sometidos al voto popular, para obtener fuerza de ley. La iniciativa popular y el referéndum pueden ser combinados entre sí de diversas maneras. Es posible que las Constituciones estipulen que cuando cierto número de ciudadanos lo pida, un proyecto aprobado por el parlamento deberá someterse a un referéndum; o que establezcan que la iniciativa popular puede proponer a la vez un proyecto y exigir que sea sometido al referéndum. Mientras más grande es el uso que de estas instituciones se hace, mayor es la aproximación al ideal de la democracia directa.”¹⁴³ Como vemos, Kelsen propone combinar a la democracia parlamentaria (democracia indirecta) con instituciones de la llamada democracia directa, esto es, con la iniciativa legislativa y el referéndum. Esto, según él, no sólo permitirá una mayor participación de los individuos en la creación de las normas jurídicas del Estado, sino, principalmente, le dará un carácter más democrático al parlamentarismo.

¹⁴³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 355.

Asimismo, Kelsen manifiesta que “El referéndum trata de unir la legislación por el parlamento con una manifestación directa de la voluntad del pueblo. A diferencia de la democracia directa, en la que los ciudadanos deliberan en mutuo contacto en la asamblea popular; el referéndum tiene que limitarse a una votación en la que toman parte todos los ciudadanos.”¹⁴⁴ El referéndum podría darse para aprobar o derogar una Constitución, para derogar o aprobar una ley, etc. Es una votación sobre un tema determinado, en la que se manifiesta la voluntad del pueblo. Sin embargo, está muy lejos de igualarse a la expresión de la voluntad del pueblo que tenía lugar en las democracias antiguas en las que el pueblo se reunía en asamblea y en las que trataba sobre diversos temas del gobierno del Estado. Por eso, Kelsen tiene que advertir las diferencias que hay entre el referéndum y la democracia directa o de asamblea. El jurista austriaco plantea que el referéndum no sólo debe ser un referéndum constitucional (reforma de la Constitución), sino también un referéndum legislativo (aprobación o derogación de una ley). Más aún, era tanta la convicción de Kelsen sobre lo positivo de la implementación del referéndum, que afirma que si no es posible un referéndum obligatorio, por lo menos debe establecerse uno que sea facultativo. Por ello, señala que “Aprovecharía al principio parlamentario que los políticos profesionales que integran hoy el Parlamento reprimiesen su explicable desvío contra la institución del plebiscito y admitiesen no sólo el llamado referéndum constitucional, como ya lo hacen algunas Constituciones modernas, sino también un referéndum legislativo, *si no obligatorio, facultativo cuando menos.*”¹⁴⁵

En cuanto a la llamada iniciativa legislativa, también llamada iniciativa popular, Kelsen dice que ésta “[...] pertenece a las instituciones que, por facilitar una relativa ingerencia del pueblo en la formación de la voluntad estatal, deben contribuir al mantenimiento de los principios parlamentarios.”¹⁴⁶ Es decir, coexiste con los mecanismos por los cuales se propone un proyecto de ley. En otras palabras, no reemplaza al procedimiento parlamentario, solamente extiende la base de proponentes

¹⁴⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 450.

¹⁴⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 64-65. Las cursivas son nuestras.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 65.

de iniciativas legislativas; así, por ejemplo, si los facultados para tener iniciativa legislativa son el jefe de Estado, los parlamentarios, etc., con la iniciativa legislativa o popular, también pueden proponerlo cierto número de ciudadanos. Con esto se logra una mayor participación de los ciudadanos en la creación de las normas jurídicas, es decir, mayor participación en la creación de leyes. Kelsen dice que “La iniciativa popular consigue que el impulso del procedimiento parlamentario no proceda solamente del parlamento o del gobierno, sino del pueblo mismo.”¹⁴⁷

Kelsen considera que la iniciativa legislativa o popular debe ser un mecanismo de fácil implementación, esto es, que no es necesario que se presente en forma de proyecto de ley, sino que es suficiente que contenga directrices generales que sirvan de guía para el accionar legislativo de los parlamentarios. Lo importante, según nuestro autor, es que sea implementada, pues ayuda a democratizar más al parlamentarismo. Y es que “Si el electorado no puede dar a sus hombres de confianza en el parlamento ninguna *instrucción obligatoria*, entonces debe existir al menos la posibilidad de que puedan manifestarse desde el seno del pueblo *sugerencias*, de acuerdo con las cuales el parlamento puede determinar la orientación de su actividad legislativa.”¹⁴⁸

Por otra parte, Kelsen sostiene que la inmunidad parlamentaria es una institución que si bien tuvo su razón de ser en los inicios de la existencia del parlamento, sin embargo, actualmente ya no existen motivos para seguir manteniéndolo, sobre todo porque ahora es uno de los motivos principales del desprestigio del parlamento y, además, una de las causas por las que es rechazada por el pueblo. Kelsen dice que la inmunidad no es “[...] un elemento esencial y necesario del sistema parlamentario.”¹⁴⁹ Por ello, el jurista austriaco propone que “[...] debería ser abolida o, cuando menos, reducida, la irresponsabilidad de los diputados que se designa como inmunidad [...]”.¹⁵⁰

¹⁴⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 450.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 90.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 91.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

Kelsen también plantea que el parlamentario debe perder su escaño si abandona o es expulsado por el partido con el cual llegó al parlamento. Esto siempre y cuando el sistema de elección sea por lista cerrada, es decir, si el elector vota por el partido y no por el candidato al parlamento, como sucede con el llamado voto preferencial. En tales casos, el parlamentario debe perder “[...] su mandato tan pronto como abandona o es expulsado del partido por el que, o desde el que, fue elegido.”¹⁵¹ Este procedimiento de separación del parlamentario, debe estar a cargo del “[...] propio partido político cuyos intereses se ponen en peligro por la salida del parlamentario.”¹⁵² Totalmente de acuerdo con lo que señala Kelsen, pues el escaño pertenece al partido y, por tanto, es éste el más autorizado para iniciar el desafuero del parlamentario.

Otro mecanismo que Kelsen considera que puede ayudar al parlamentarismo, es el llamado mandato imperativo, pero en una versión compatible con la democracia moderna. Al respecto Kelsen dice que “No cabe restablecer el *mandato imperativo* en su forma antigua; pero innegablemente, la tendencias que hoy persiguen este fin son susceptibles de realización en formas compatibles con la estructuras del mecanismo político moderno.”¹⁵³ Como vemos, para Kelsen el mandato imperativo es un instrumento democrático que puede compatibilizarse con el parlamentarismo y puede ayudar a éste a ser una forma de Estado más democrática.

LA REPRESENTACIÓN PROFESIONAL

Kelsen también analiza la polémica desatada en torno al hecho de querer sustituir a la democracia parlamentaria por la llamada representación profesional, es decir, la teoría según la cual el parlamento debía elegirse teniendo en cuenta la importancia en el Estado de las diversas profesiones. Kelsen señala que “[...] el principio profesionalista pretende superar al principio parlamentario democrático: Que a cada

¹⁵¹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 91-92.

¹⁵² KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 92.

¹⁵³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 66.

grupo se reconozca en la formación de la voluntad estatal una participación proporcional a su importancia en el conjunto nacional.”¹⁵⁴ Esto significa que a mayor importancia (económica), mayor nivel de participación en la creación de las normas jurídicas generales del Estado.

Hacer esto también significaría que los parlamentarios ya no serían considerados representantes de todos los ciudadanos del Estado, sino que serían representantes de sus respectivas profesiones; “[...] esta base profesional no podría suprimir el principio de representación, esto es, el parlamentarismo, como a veces se afirma, [...] sólo se trataría de la realización de otro Parlamento, si bien estamental.”¹⁵⁵

Kelsen cree que el parlamento estamental jamás podrá sustituir al parlamento democrático. Solamente puede coexistir con éste, pues “[...] las soluciones de la organización estamental no bastan para dar satisfacción al problema de la forma del Estado. La disyuntiva fundamental entre democracia y autocracia permanece intacta a través de aquéllas.”¹⁵⁶

Más aún, nuestro autor considera que el parlamento estamental es inferior al parlamento democrático, pues éste es, valga la redundancia, más democrático, ya que no considera inferiores o superiores a determinadas capas de la población, sino que las tiene iguales en derechos y en deberes políticos. Por ello, señala que “[...] si se trata de reflejar en la organización política la realidad social, la ‘verdadera’ y genuina expresión de la sociedad actual dividida en dos clases, es la forma democrático-parlamentaria del Estado, con su desdoblamiento en una mayoría y una minoría. Y si hay alguna forma que ofrezca alguna posibilidad de superar pacífica y paulatinamente, sin convulsiones revolucionarias, esta violenta antítesis (que se puede lamentar, pero que no puede ser negada en serio), esa forma es la democracia parlamentaria, que seguramente necesita ser reformada en muchos puntos (y, de hecho, es susceptible de serlo), y que

¹⁵⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 77.

¹⁵⁵ *Ibídem*.

¹⁵⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 78.

puede ser completada, pero nunca eliminada por la organización corporativa.”¹⁵⁷ Detrás de esta preferencia de Kelsen por la democracia parlamentaria, está, sin duda, su rechazo a toda forma que limite la libertad del individuo; por ello, el rechazo a la representación corporativa es el rechazo a la autocracia como forma totalitaria de gobierno estatal.

Kelsen cree que en un parlamento corporativo no se puede dar el juego democrático, esto es, la transacción, el compromiso, pues en él, como ocurre en las negociaciones de los sindicatos, solamente caben los acuerdos por unanimidad y no por mayoría. Y, si tenemos en cuenta que tanto la transacción, el compromiso y los acuerdos tienen como presupuesto al principio de mayoría, entonces no sorprende que para Kelsen la falta de uno o de todos estos elementos sea inconcebible.

Además, Kelsen considera que el parlamento corporativo es inviable, pues le resulta difícil de imaginar que los obreros de una empresa puedan tener los mismos intereses que los dueños de esas empresas. Por el contrario, el jurista austriaco cree que existe mayor unidad de intereses en los trabajadores de empresas diferentes que la que existen entre los trabajadores y los dueños de una misma empresa. Por eso nuestro autor señala que el parlamento corporativo no podrá “[...] acabar con la actual forma parlamentariodemocrática del Estado, si no es aproximándose a un régimen autocrático, y erigiendo, en definitiva, un poder dictatorial de una clase sobre las restantes.”¹⁵⁸ Es decir, el parlamento estatal sólo será posible en un Estado autocrático. Quizá por ello, a pesar de ser reclamado por muchos pensadores y muchas ideologías, no ha sido implementado por ningún Estado democrático.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 456.

¹⁵⁸ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 80.

1.4.2.2. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA Y LA TOLERANCIA

EL PRINCIPIO DE MAYORÍA COMO MEDIO DE CREACIÓN NORMATIVA

El principio de mayoría puede ser concebido de diversas maneras. En primer lugar, tenemos al principio de mayoría como medio para crear y modificar el orden jurídico. En este caso, “La idea en que se funda el principio mayoritario es la de que el orden social debe concordar con la voluntad del mayor número, y de discrepar de la del menor número posible.”¹⁵⁹ Es decir, los acuerdos para crear y modificar normas jurídicas se deciden por la voluntad mayoritaria de los individuos.

Y es que “Como la libertad política significa la concordia entre la voluntad individual y la voluntad colectiva expresada en el orden social, el principio de la mayoría simple es *el que asegura el más alto grado de libertad política* asequible dentro de la sociedad.”¹⁶⁰ Como vemos, Kelsen sostiene que la mayoría simple (cualquier número mayoritario de votos de los asistentes) es la que se acerca más al ideal de la libertad.

Asimismo, Kelsen señala que “Bajo este aspecto, el principio de la mayoría absoluta (y no cualificada) *significa la aproximación relativamente mayor a la idea de la libertad.*”¹⁶¹ Aquí Kelsen sostiene que es la mayoría absoluta (como mínimo la mitad más uno de votos del total de individuos) y no la mayoría calificada, la que se acerca más al ideal de la libertad.

Sin embargo, nuestro autor también afirma que “Aunque en un tiempo se entendía que el principio de la mayoría absoluta era el más adecuado relativamente para realizar la idea de la democracia, hoy, por el contrario, se reconoce que en ciertos casos *el principio de la mayoría cualificada puede constituir un camino más derecho para la idea de la libertad*, porque puede significar cierta tendencia a la unanimidad en la formación de la voluntad colectiva.”¹⁶² Aquí señala que la mayoría cualificada (en este caso el

¹⁵⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 340.

¹⁶⁰ *Ibíd.* Las cursivas son nuestras.

¹⁶¹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 22. Las cursivas son nuestras.

¹⁶² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 83. Las cursivas son nuestras.

número es mayor que el de la mayoría absoluta, generalmente dos tercios o cuatro quintos del total de votos) es también una aproximación mayor a la libertad.

Como vemos, existen hasta tres afirmaciones diversas sobre un mismo asunto, lo cual demuestra poca coherencia en Kelsen.

Por otro lado, el jurista austriaco sostiene que de la idea de libertad “[...] debe derivarse el principio de la mayoría y no, como suele hacerse, de la idea de igualdad.”¹⁶³ Esto significa que para nuestro autor, el llamado principio de mayoría está directamente relacionado a la libertad y no a la igualdad.

Sin embargo, Kelsen también señala que “El principio de la mayoría y, por tanto, la idea de democracia, *es así una síntesis de las ideas de libertad e igualdad.*”¹⁶⁴ Esta afirmación es, en cierto grado, una contradicción con la anterior afirmación de Kelsen, en la que señala que el principio de mayoría no debe derivarse de la igualdad, sino de la libertad.

Kelsen reconoce que la idea de que el principio de mayoría es un medio por el cual la mayoría de los individuos crean el orden jurídico, no es tan cierto, pues en la democracia moderna, que es representativa e indirecta, los que toman las decisiones casi siempre son una minoría de la población, o, para ser más exactos, una ínfima minoría, generalmente sólo cientos o algunos pocos miles de individuos (el jefe de Estado, los parlamentarios, los alcaldes, etc.). Kelsen dice que “Sólo en la *democracia directa*, que, dada la magnitud de los Estados modernos y la diversidad de sus fines no puede encarnar en ninguna forma política viable, es factible la creación de la ordenación social por acuerdo de la mayoría de los titulares de derechos políticos mediante el ejercicio de éstos en la Asamblea del pueblo.”¹⁶⁵ Obviamente es cierto lo que señala Kelsen, ya que es imposible imaginar que se puedan reunir regularmente en asamblea a millones de ciudadanos para aprobar las normas jurídicas del Estado.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 341. Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 47.

Como lo ha mencionado nuestro autor, la densidad poblacional y la extensión territorial de los Estados modernos, son algunas de las causas que hacen imposible la práctica de la llamada democracia directa o de asamblea.

Lo cierto es que el principio de mayoría, como mecanismo para tomar decisiones y para crear el orden jurídico, sigue vigente como un elemento fundamental de la democracia moderna.

EL PRINCIPIO DE MAYORÍA COMO TOLERANCIA

Ahora bien, además del principio de mayoría como medio para crear el orden jurídico estatal, existe el principio de mayoría como concepto de tolerancia.

Según este concepto, el principio de mayoría significa que la mayoría debe predominar sobre la minoría, pero no abusar de ella, ya que eso sería incompatible con la democracia, pues en ésta las minorías tienen derecho a existir y a ser reconocidas y protegidas. Kelsen dice que “El poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garanticen un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando sólo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios.”¹⁶⁶

Pero la minoría no sólo es reconocida y protegida en una democracia, sino que la minoría también influye en la creación de la voluntad estatal y, en general, en toda la vida social. Más aún, existen ciertos aspectos de la vida social, tales como la religión, la moral, etc., en las que “[...] sólo pueden dictarse normas con el asentimiento de una minoría cualificada y no contra su voluntad, es decir, que solamente son posibles mediante acuerdo entre mayoría y minoría.”¹⁶⁷ Estos acuerdos y compromisos nacen de “La discusión libre entre mayoría y minoría [lo cual] constituye la forma idónea para

¹⁶⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 141.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 83.

crear una atmósfera favorable a un compromiso entre mayoría y minoría; pues el compromiso forma parte de la naturaleza misma de la democracia.”¹⁶⁸ Como vemos, Kelsen señala, una vez más, que el compromiso es un elemento característico de la democracia.

Ahora bien, si hablamos de que en una democracia el derecho de las minorías se defiende, entonces también debemos referirnos a los mecanismos que hacen posible esta defensa. Kelsen dice que “Esta protección constituye la función esencial de los llamados derechos públicos subjetivos, derechos políticos o garantías individuales consignados en todas las Constituciones modernas de las democracias parlamentarias.”¹⁶⁹

Por otra parte, Kelsen dice que “[...] una dictadura constante de la mayoría sobre la minoría resulta imposible, porque una minoría privada por completo de influencia renunciaría al fin y al cabo a su intervención, puramente formal y, por consiguiente, inútil e incluso perjudicial en la formación de la voluntad colectiva, despojando así a la mayoría –que por su concepto no puede serlo sin minoría– de su carácter de tal.”¹⁷⁰ Esto es justamente lo que sucede en las autocracias, pero jamás puede ocurrir en una democracia, pues, de ocurrir, demostraría que no es realmente una democracia.

Asimismo, Kelsen considera que “Para la aplicación del principio de la mayoría existen límites en cierto modo naturales. Mayoría y minoría deben poder *entenderse entre sí*, si quieren llegar a *tolerarse* recíprocamente.”¹⁷¹ Esto es cierto, lo demuestran todas las democracias sólidas, tales como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, etc. En cambio, en la historia de las democracias latinoamericanas, encontramos que muchas veces la mayoría y la minoría no lograron entenderse, por eso frecuentemente se daban los llamados golpes de Estado, lo cual hacía que las democracias devinieran en Estados autocráticos.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 342.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 81.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 85.

¹⁷¹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 102.

Lo cierto es que Kelsen creía profundamente en los compromisos, los acuerdos y las transacciones, pues sabía que en éstos, al igual que en los contratos, las dos partes se favorecían de alguna manera, a diferencia de la imposición de una de las partes (en este caso la mayoría), lo cual sólo traía descontento y malestar en la sociedad.

Para Kelsen, pues, el principio de mayoría significa tolerancia y respeto por los demás, sobre todo por la minoría religiosas, raciales, políticas, etc. Por ello, señala que al principio de mayoría “[...] es preferible darle el nombre de ‘principio de mayoría y minoría’.”¹⁷²

1.4.2.3. LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos son esenciales para la democracia moderna. No se puede concebir una democracia sin partidos. Por eso Kelsen afirma que “La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos, cuya significación crece con el fortalecimiento progresivo del principio democrático [...]”¹⁷³ Esto es cierto, porque puede decirse que los partidos son débiles o que solamente son organizaciones electorales; pero la democracia sólo funciona, para bien o para mal, sobre y por los partidos políticos, por lo menos así sucede en la democracia moderna.

Asimismo, Kelsen manifiesta que “En una democracia parlamentaria, el partido político es un vehículo para la formación de la opinión pública.”¹⁷⁴ Lo real es que en la actualidad los partidos políticos han perdido esa fuerza para canalizar la opinión pública, pues hoy la mayor fuerza la tienen los medios de comunicación (televisión, periódicos, radios, internet, etc.).

Ahora bien, el creador de la teoría pura del Derecho sostiene que “Lo esencial a la democracia es solamente que no se impida la formación de nuevos partidos, y que a

¹⁷² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 85.

¹⁷³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 35–36.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 350.

ninguno de ellos se dé una posición privilegiada o se le conceda un monopolio.”¹⁷⁵ Al afirmar esto Kelsen está pensando en las llamadas dictaduras de partidos en donde existe un solo partido político, el cual tiene todo el monopolio del poder en el gobierno del Estado. Por ello, manifiesta que en una democracia debe existir una pluralidad de partidos políticos, con iguales derechos y deberes otorgados por el orden jurídico estatal.

Puesto que si no existe una pluralidad de partidos políticos, aunque se realicen elecciones, tal Estado no es una democracia. El caso de la Cuba actual es un ejemplo de ello, pues aunque allí se realizan elecciones para el parlamento cada cierto tiempo, sólo participa el partido de Fidel Castro, que es el único que existe en ese país. A veces participan otros partidos “independientes”, pero en realidad sólo son organizaciones de fachada del partido de gobierno. La existencia de una pluralidad de partidos políticos es, pues, un requisito esencial para que un Estado sea plenamente democrático. Por eso Kelsen afirma que “Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un *Estado de partidos*.”¹⁷⁶ Puesto que “La posibilidad de hecho y de derecho de que exista más de un partido político es una exigencia tan vital de la democracia que un Estado de partido único, aun cuando su constitución cumpla con todos los otros requisitos de la democracia, está mucho más remoto de este tipo de gobierno que un Estado cuya constitución restrinja el derecho de voto a una minoría de la población.”¹⁷⁷

Tanta es la importancia que les da Kelsen a los partidos políticos, que señala que de todas las libertades que deben existir en una democracia, “[...] *la libertad de los partidos políticos es la más importante*.”¹⁷⁸

¹⁷⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 351.

¹⁷⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 37.

¹⁷⁷ KELSEN, Hans, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, pág. 276.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

Es por ello que fue uno de los primeros juristas en exigir la constitucionalización de los partidos políticos, ya que ello ayudaría no sólo a democratizar el Estado, sino también ayudaría a democratizar a los mismos partidos políticos. Por eso afirmará que “La inserción constitucional de los partidos políticos crea también la posibilidad de democratizar la formación de la voluntad colectiva dentro de su esfera. Esto es tanto más necesario cuanto que puede suponerse que es precisamente la estructura amorfa de este ámbito lo que da lugar al carácter señaladamente aristocrático-autocrático que tiene los procesos de formación de la voluntad colectiva dentro del mismo, aun en partidos de programa radicalmente democrático.”¹⁷⁹ Esta realidad interna de los partidos políticos se mantiene hoy, sobre todo en los países de Latinoamérica.

Ahora bien, Kelsen considera que los partidos políticos son esenciales a la democracia, por eso sostiene que atacar a los partidos políticos es, en el fondo, atacar a la democracia misma, es decir, es “[...] una enemistad mal disimulada contra la democracia.”¹⁸⁰; y no se equivoca, ya que casi todos los gobiernos que han deseado justificar el quebrantamiento del régimen democrático, siempre han comenzado por criticar, de manera despiadada e injustificada, a los partidos políticos. Frases como “partidos tradicionales”, “partidocracia”, etc., son sólo algunos de los adjetivos que han usado las autocracias para desprestigiarlos.

Por otra parte, Kelsen señala que “Cuando el principio democrático –en interés de su mismo mantenimiento– se limita esencialmente al proceso legislativo y a la designación de los órganos ejecutivos superiores, y se aparta en cambio, de los estadios de la volición del Estado –administración pública y de justicia– que componen la función ejecutiva, *queda trazada la línea divisoria que debe limitar el radio de acción de los partidos políticos.*”¹⁸¹ Es decir, los partidos políticos no deben tener influencia en la administración pública y en la administración de justicia, sólo pueden designar a los órganos superiores del poder ejecutivo. Esto significa que los partidos solamente deben

¹⁷⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 45.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 36.

¹⁸¹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 107. Las cursivas son nuestras.

intervenir en el ámbito legislativo y en el poder ejecutivo (designación de los órganos superiores). Sin embargo, Kelsen también señala que “Así resulta perfectamente compatible la justificada aspiración a eliminar la política, en el sentido limitado a una exoneración de los partidos políticos, de la influencia sobre el Poder ejecutivo, con el reconocimiento más amplio de dichos partidos y de la inserción de su régimen en la Constitución. Los límites que eviten la actuación ilegal de los partidos políticos quedan, así, perfectamente trazados. *La esfera de su influencia es la legislativa y no la ejecutiva.*”¹⁸² Esto contradice, en cierta forma, la anterior cita de Kelsen, pues aquí señala que los partidos no tienen influencia en el ámbito del poder ejecutivo, sino sólo en el ámbito legislativo. Sin embargo, en la anterior cita Kelsen señala que los partidos sí tienen cierta influencia en el poder ejecutivo (designación de los órganos más importantes del poder ejecutivo) y no sólo en el legislativo. Lo cierto es que la realidad ha demostrado que durante mucho tiempo los partidos han influenciado en gran medida en el poder ejecutivo, ya sea designando a los órganos superiores, intermedios e inferiores. Es más, mucha de la burocracia estatal es designada por los partidos políticos que están en el gobierno. Incluso en el ámbito jurisdiccional, sobre todo en los ámbitos superiores, los partidos de gobierno llegan a influir de una manera importante en la designación de los órganos superiores. En algunos casos, órganos como el tribunal constitucional, el defensor de pueblo, etc., son designados por un acuerdo de los partidos políticos representados en el parlamento. De manera que reducir la influencia de los partidos únicamente al ámbito legislativo es no querer reconocer la realidad.

1.4.2.4. DEMOCRACIA Y DIVISIÓN DE PODERES

La teoría de la división de poderes sostiene que en el Estado las funciones deben estar repartidas entre diversos órganos, esto es, la legislación en el parlamento, la ejecución en el gobierno y la administración de justicia en el poder judicial.

¹⁸² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 108. Las cursivas son nuestras.

Kelsen sostiene que “El principio de la separación de poderes, literalmente entendido o interpretado como un principio de división de poderes, no es esencialmente democrático.”¹⁸³ Y esto se debe a que Kelsen considera que en una democracia parlamentaria todo el poder debe depender, directa o indirectamente, del parlamento. Pero con la división de poderes esto no sucede, ya que el poder se reparte en tres: poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo. La teoría democrática exige que el poder total descansa en el parlamento. Por eso Kelsen afirma que la teoría de la división de poderes es una teoría antidemocrática.

Kelsen señala que la teoría de la división de poderes surgió como un mecanismo para mantener una cuota del poder de la monarquía, la cual ya había perdido muchas de sus prerrogativas con el surgimiento del parlamento elegido por el pueblo. Por eso afirma que “El dogma de la separación de poderes es la piedra angular en la ideología de la Monarquía constitucional.”¹⁸⁴

Asimismo, Kelsen manifiesta que la separación de poderes es un debilitamiento del poder del parlamento, ella beneficiaba principalmente a los monarcas y, modernamente, a los jefes de Estado. El caso típico que señala Kelsen es el sistema presidencialista de los Estados Unidos, donde el presidente tiene muchas atribuciones, incluso tiene el derecho a vetar las propuestas legislativas del parlamento, lo cual es para Kelsen algo inconcebible. Por eso el jurista austriaco señala que “Es casi una ironía de la historia que una República como los Estados Unidos de América acepte ciegamente el dogma de la separación de poderes y lo eleve a la cúspide en nombre de la democracia, cuando el puesto del Presidente de los estados Unidos está copiado conscientemente del que ocupa el rey de Inglaterra.”¹⁸⁵

En concordancia con esto, Kelsen señala que el régimen presidencial de los Estados Unidos representa “[...] más bien un ataque que un apoyo a la soberanía del

¹⁸³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 335.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 113.

¹⁸⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 114.

pueblo [...].”¹⁸⁶ Como vemos, Kelsen rechaza el presidencialismo y prefiere el parlamentarismo.

Ahora bien, pese a todas las críticas que Kelsen hace a la teoría de la división de poderes, lo cierto es que él reconoce algunos aspectos positivos. Y, si bien considera que la división de poderes significa una disminución del poder del parlamento, también es consciente que en la democracia moderna esa es una realidad. Por ello, no obstante ser un crítico de la mencionada teoría, Kelsen reconoce que “[...] la separación de poderes es beneficiosa para el régimen democrático. En primer lugar en cuanto significa una disgregación del poder y evita una concentración del mismo expuesta a su extralimitaciones arbitrarias. En segundo lugar porque procura sustraer a la influencia inmediata del Gobierno la importantísima esfera de la legislación abriéndola a la influencia directa de los ciudadanos y reduciendo la función del Gobierno a la mera ejecución.”¹⁸⁷ Es decir, Kelsen ve en la teoría de la división de poderes un mecanismo que impide que el gobierno tenga todo el poder del Estado. Y es que una característica de Kelsen es que no sólo se queda en la teoría, sino que también toma en cuenta la realidad. Y esa realidad le muestra que la división de poderes ayuda al mantenimiento de la democracia. Por ello, más que aceptarla, la tolera, sobre todo porque en la democracia posible es un mecanismo que facilita la descentralización del poder y porque mantiene a la legislación como un atributo casi exclusivo del parlamento.

Sin embargo, Kelsen sabía que desde el punto de vista de la teoría de la democracia, la división de poderes era antidemocrática. Por ello, siempre afirmó que “Es una exigencia democrática evidente que al pueblo debe corresponder no sólo la legislación, sino también una ejecución lo más directa posible: *Así, pues, la separación de poderes es contraria al principio democrático, que trata de unirlos todos en el pueblo.*”¹⁸⁸

¹⁸⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 114.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 115-116.

¹⁸⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 457. Las cursivas son nuestras.

Por consiguiente, podemos concluir que desde el punto de vista de la teoría democrática ideal o clásica, Kelsen rechaza a la teoría de la división de poderes; sin embargo, desde el punto de vista de la realidad política moderna, y nosotros diríamos desde la moderna teoría de la democracia, Kelsen sí acepta la división de poderes, pues ésta ayuda a disgregar y a desconcentrar el poder en el Estado.

1.4.2.5. LOS SISTEMAS ELECTORALES

1.4.2.5.1. EL DERECHO DE SUFRAGIO

Kelsen señala que “El derecho de sufragio es el derecho que el individuo tiene de participar en el procedimiento electoral mediante la emisión de su voto.”¹⁸⁹ Asimismo, nuestro autor señala que “La función de votar es un procedimiento de creación de órganos. Ciertos individuos, los votantes o electores, nombran a uno o más individuos para el desempeño de determinada función. El número de los votantes es siempre considerablemente mayor que el de los individuos que han de ser electos.”¹⁹⁰ Kelsen añade: “El acto por el cual un individuo es electo, esto es, la elección, se compone de los actos parciales de los votantes, de los actos de votar.”¹⁹¹ Además, Kelsen señala que “El procedimiento a través del cual se ejerce la función de votar es el escrutinio.”¹⁹²

En una democracia representativa como la actual, los derechos políticos quedan reducidos, en gran medida, “[...] a un mero derecho de sufragio.”¹⁹³ Lo cierto es que el derecho de sufragio debe entenderse no sólo como el derecho de votar o de no votar, sino también como el derecho de presentarse como candidato o de no presentarse como candidato. Cuando el ciudadano ejerce su voto para elegir a otra persona, estamos ante el sufragio activo; en cambio, cuando el ciudadano se presenta como candidato, estamos

¹⁸⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 348.

¹⁹⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 347.

¹⁹¹ *Ibídem.*

¹⁹² KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 348.

¹⁹³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 47.

ante el sufragio pasivo. Solamente tomando en cuenta ambos aspectos es que se puede tener una noción plena de lo que significa el derecho de sufragio. Ahora bien, según las citas anteriores, pareciera que Kelsen se refiere únicamente al sufragio activo, es decir, a la acción de votar (o de no votar).

Sin embargo, también se refiere al sufragio pasivo, el cual, según él, “[...] debe ser lo más general posible, es decir, no debe estar ligado a condiciones que sólo pueden ser cumplidas por cierto número de hombres. En general, las condiciones de la elegibilidad son las mismas que las que se exigen para ser elector. Pero a veces se requiere para la primera un límite más alto de edad, o estar en posesión de la ciudadanía desde más largo tiempo.”¹⁹⁴ Aquí Kelsen diferencia entre sufragio activo y sufragio pasivo, ya que exige mayores condiciones para el segundo, entendiendo, además, que ser elegido representante por elección significa una responsabilidad mayor (sufragio pasivo). Esto es recogido en muchas de las Constituciones modernas, pues en ellas se establecen, por ejemplo, que para postular para parlamentario o para jefe de Estado, se necesita una mayor edad que para votar (sufragio activo).

Asimismo, Kelsen considera que el derecho de sufragio debe ser lo más extenso posible, es decir, deben de votar el mayor número de individuos. Y es que “Es de la naturaleza de la democracia que el derecho de sufragio sea universal. El número de individuos excluidos de tal derecho debe ser el menor posible, y la edad mínima para obtener tal derecho ha de ser la más baja posible. Es especialmente incompatible con la idea democrática del sufragio universal la exclusión de las mujeres o de individuos que pertenecen a cierta profesión, como, por ejemplo, los soldados o los sacerdotes.”¹⁹⁵ Como vemos, Kelsen entiende que a mayor extensión del derecho de sufragio, mayor será el grado de democratización del Estado; por ello, manifiesta que nadie debe quedar excluido de tal derecho.

Además, Kelsen sostiene que el ideal democrático exige que el derecho de sufragio y el voto deben ser los más iguales posibles, es decir, que “la influencia que cada votante ejerce en el resultado de la elección debe ser la misma o, en otros términos, que el peso

¹⁹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 437.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*. pág. 349.

del voto de cada elector debe ser igual al que tienen los de los demás electores.”¹⁹⁶ De acuerdo con lo manifestado, Kelsen rechaza que determinadas personas, que pagan más impuestos o que saben leer, tengan más votos que los otros electores. Esto nos lleva a concluir que Kelsen defiende la igualdad máxima en la extensión como en el peso del derecho de sufragio y de los votos de los individuos. No solamente máxima libertad para votar, sino también máxima igualdad.

Lo cierto es que el hecho más importante de la llamada democracia indirecta o representativa, es el voto. Y a diferencia de lo que ocurría en la democracia directa o de asamblea, donde el voto se utilizaba mayormente para decidir las cuestiones del gobierno, actualmente el voto se utiliza principalmente para elegir a representantes que decidan por nosotros en los asuntos de la cosa pública, por ello justamente la democracia moderna se llama democracia indirecta o representativa.

1.4.2.5.2. EL CUERPO ELECTORAL

Los individuos con derecho a voto forman el llamado cuerpo electoral, “[...] siendo cada votante un órgano parcial de dicho cuerpo, y éste un órgano de toda la comunidad jurídica, cuya función es la creación de otros órganos llamados representativos.”¹⁹⁷ Entre estos representantes tenemos a los parlamentarios, al jefe de Estado, los alcaldes, etc.

Este cuerpo electoral es organizado por sus órganos electorales, los cuales son los encargados de organizar las elecciones, hacer el cómputo de los votos, proclamar a los ganadores, etc.

Además, “Cuando se trata de la elección de un órgano central compuesto, es decir, del parlamento, el área electoral total puede ser dividida en tantos distritos como representantes haya que elegir, y cada distrito elegir precisamente un representante. Los votantes que pertenecen a cada uno de esos distritos forman un cuerpo electoral, determinado en función de una base territorial.”¹⁹⁸ En el caso de la elección del jefe de

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 348.

¹⁹⁸ *Ibidem.*

Estado, generalmente existe un solo distrito electoral (esto sucede mayormente en Latinoamérica). Sin embargo, también existe la posibilidad de que para la elección del presidente de la república, el área electoral se divida en distintos distritos electorales (esto sucede en los Estados Unidos). En el primer caso, el ganador es el que obtiene mayor número de votos, pero en el segundo caso, no necesariamente gana el que alcanza más votos, sino el que obtiene mayores victorias en los distintos distritos electorales. La elección entre Al Gore y Bush es un ejemplo de ello.

1.4.2.5.3. SISTEMAS ELECTORALES

Kelsen considera que en la democracia parlamentaria el sistema electoral es esencial para determinar el grado de realización del ideal de la democracia. Él analiza los dos grandes sistemas electorales, esto es, el sistema proporcional y el principio de mayoría.

El sistema proporcional es aquel sistema electoral en el cual resulta elegido el candidato que alcanza una determinada cantidad de votos, es decir, no se necesita obtener una mayoría de votos, sino solamente un mínimo de ellos. Este es el caso de la elección del parlamento, en el cual es elegido quien obtiene un determinado número mínimo de votos. Al respecto el jurista austriaco señala que “[...] la cuestión del sistema electoral sobre el que debe ser erigido el Parlamento, del sistema electoral preferible desde el punto de vista de la democracia parlamentaria, o sea de la opción entre el procedimiento de mayorías o el representación proporcional. El fallo debe ser favorable a este último, como resultado de un análisis que descubra el sentido político de este sistema electoral.”¹⁹⁹ Es decir, el tipo de sistema electoral por excelencia que se aplica en la elección del parlamento es el sistema proporcional.

Asimismo, Kelsen señala que el sistema de la representación proporcional “[...] solamente puede ser aplicado cuando cada cuerpo electoral debe elegir más de un representante.”²⁰⁰ Nosotros estamos de acuerdo con Kelsen cuando señala que el sistema proporcional solamente se puede utilizar cuando se va a elegir más de un

¹⁹⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 86-87.

²⁰⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 351.

representante, pues cuando se elige a uno sólo como en el caso del Presidente de la república, lo más conveniente es el sistema de mayoría.

El sistema proporcional garantiza, pues, que estén representadas tanto la mayoría como la minoría, ya que para tener representantes no es indispensable ganar la elección, sino únicamente sacar un número determinado de votos. Así, por ejemplo, si se elige cien parlamentarios y la población electoral que ha votado es un millón, sólo es necesario que los partidos tengan diez mil votos para tener por lo menos un representante. Esto lleva a Kelsen a señalar que “El sistema de la representación proporcional vigoriza aquella tendencia liberal a impedir que la voluntad de la mayoría domine ilimitadamente sobre la minoría.”²⁰¹

El otro sistema electoral, esto es, el sistema de mayoría, es aquel sistema electoral en el cual gana el que obtiene la mayoría de los votos. No hay que olvidar que en Kelsen encontramos el principio de mayoría como principio de votación para tomar decisiones y el principio de mayoría como sistema electoral (como criterio electoral para elegir representantes). Para Kelsen el sistema de la representación proporcional, a diferencia del sistema de mayoría, solamente es utilizado como sistema electoral, pero no como sistema de votación para tomar decisiones. Por ello, señala que “El sistema de la representación proporcional sólo es aplicable a la elección de un cuerpo representativo, pero no a las decisiones de este último.”²⁰²

Nuestro autor señala que el principio de mayoría es el sistema electoral más adecuado cuando se va a elegir a un representante, como es el caso de la elección del jefe de Estado.

Pero si se va a elegir representantes al parlamento, el principio de mayoría no es el más adecuado. En todo caso, puede hacerse siempre y cuanto sea un solo distrito electoral, pues de hacerse la elección con distrito electoral múltiple, se corre el riesgo de que gane la minoría y no la mayoría. Veamos un ejemplo. Kelsen dice que en “[...] 10 circunscripciones (10 cuerpos electorales) han de tener 10 representantes.

²⁰¹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 90.

²⁰² KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 352.

Cada circunscripción tiene 100 electores, todas son, pues, iguales. En cada circunscripción luchan dos partidos: A y B, cuya fuerza numérica está repartida como siguen: A cuenta con 90 votos y B con 10 en cuatro circunscripciones; A con 40 y B con 60, en seis; según eso, A no consiguen más que cuatro puestos con una totalidad de 600 votos, mientras que B logra seis, con sólo 400.”²⁰³ Este es un típico caso en que, habiéndose dividido en varias circunscripciones electorales, se aplicó el sistema mayoritario para la elección de varios representantes. El resultado fue que la minoría obtuvo más representantes que la mayoría. Por ello, Kelsen recomienda que el principio de mayoría se debe aplicar en la elección de un solo representante y, si se va a elegir más de un representante, se puede aplicar siempre que exista el distrito electoral único, pues de lo contrario, puede resultar con más representantes la minoría, lo cual iría contra el sentido de la democracia.

Lo cierto es que Kelsen considera que el sistema proporcional es el sistema que se acerca más al ideal de la democracia, pues permite que también la minoría tenga representantes y no sólo la mayoría. Por eso señala que “El sistema de la representación proporcional es la aproximación más grande posible al ideal de la autodeterminación dentro de una democracia representativa y, por tanto, *el más democrático de los sistemas electorales*.”²⁰⁴

1.4.2.6. DEMOCRACIA E INSTITUCIONES DE CONTROL

Kelsen señala que la democracia necesita de instituciones y mecanismos que controlen al poder estatal. Entre los mecanismos que plantea están el principio de legalidad, el principio de publicidad y el control jurisdiccional. Nuestro autor sostiene que “La suerte de la democracia moderna depende en gran proporción de que llegue a elaborarse un sistema de instituciones de control. Una democracia sin control será siempre insostenible [...] equivale al suicidio de la democracia.”²⁰⁵

²⁰³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 439.

²⁰⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 353. Las cursivas son nuestras.

²⁰⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 107.

1.4.2.6.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad permite que los actos de los órganos del gobierno y del Estado sean previsibles, es decir, las leyes determinan cómo deben actuar y cuáles son sus límites. Con el principio de legalidad existe, pues, la llamada seguridad jurídica.

Kelsen señala que “La función ejecutiva está sometida esencialmente a la idea de legalidad, y ésta es incompatible, en cierto grado de la volición estatal, con la idea democrática.”²⁰⁶ Aquí nuestro autor señala que la democracia es incompatible, en cierto grado, con el principio de legalidad. Sin embargo, más adelante señala que “Una vez reconocido que la idea de la legalidad, no obstante conducir a restricciones de la democracia, debe ser mantenida para la realización de ésta, se hace necesario instar para ella todas las instituciones de control que puedan asegurar la legalidad de la función ejecutiva y que sólo pueden ser consideradas como incompatibles con la democracia por una demagogia miope.”²⁰⁷ Es decir, pese a que el principio de legalidad es, en cierto grado, incompatible con la democracia, pues controla a los órganos del gobierno y del Estado elegidos por el voto popular, la verdad es que este control evita el abuso del poder y permite mayor fiscalización a los gobernantes. Por consiguiente, el principio de legalidad evita que la democracia devenga en un gobierno o en un Estado autoritario, lo cual lo acercaría al Estado autocrático.

En conclusión, el principio de legalidad es un mecanismo de control del poder del Estado y, por tanto, un instrumento que ayuda a la realización y el mantenimiento de la democracia.

1.4.2.6.2. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Kelsen dice que “[...] la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en

²⁰⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 101.

²⁰⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 106.

ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad. *De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad.*²⁰⁸

El principio de publicidad permite que los actos de los gobernantes sean hechos públicos, y esto facilita su fiscalización por parte de los ciudadanos que forman el pueblo del Estado.

Y aunque existe la tendencia a pensar que las democracias son más corruptas que las autocracias, lo cierto es que en la primera impera el principio de publicidad, el cual hace de conocimiento público los actos de los gobernantes; en cambio, en las autocracias la tendencia es a ocultar los actos de corrupción de los gobernantes; todo esto lleva a pensar, equivocadamente, que la democracia es más corrupta que la autocracia, lo cual no es verdad.

En la democracia impera, pues, “[...] la publicidad de los actos de gobierno, mientras que la autocracia mantiene el principio del secreto de gobierno.”²⁰⁹ Está es una de las grandes diferencias entre la democracia y la autocracia.

1.4.2.6.3. CONTROL JURISDICCIONAL

Kelsen también considera que es beneficioso para la democracia el control de la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes. Este control se da tanto en el poder judicial como en el llamado tribunal constitucional.

Sobre el control constitucional de las leyes, Kelsen, que es el creador de los tribunales constitucionales, manifiesta: “Este control incumbe a la jurisdicción constitucional, cuya función es tanto más importante para la democracia cuanto que el mantenimiento de la Constitución dentro del proceso legislativo representa un interés eminente para la minoría, para cuya protección se han ideado los preceptos sobre quórum, mayoría cualificada, etc. Por esto si la minoría debe tener asegurada su existencia y eficacia políticas, tan valiosas para la esencia de la democracia, si no ha

²⁰⁸ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 145. Las cursivas son nuestras.

²⁰⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 120.

de estar expuesta a la arbitrariedad de la mayoría y si la Constitución no ha de ser una *lex imperfecta*, o sin sanción, debe concederse a aquélla la posibilidad de apelar directa o indirectamente a un tribunal constitucional.”²¹⁰ Es decir, el jurista austriaco pondera el papel que cumple el tribunal constitucional como defensor de la democracia.

Creemos que Kelsen tiene mucha razón, pues la historia reciente de varios países de Latinoamérica, ha demostrado que los tribunales constitucionales son verdaderos baluartes del Estado de Derecho y de la democracia. El caso del Perú, durante la dictadura de Alberto Fujimori, es un ejemplo de ello.

1.4.2.7. LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS DE LIBERTAD

Kelsen dice que “*Un principio vital de la democracia es, pues, no la existencia de un liberalismo económico –porque la democracia puede ser liberal o socialista–, pero sí la garantía de las libertades: libertad de pensamiento y de prensa, libertad de cultos y de conciencia; afirmación de principio de tolerancia y, sobre todo, libertad de la ciencia,* juntamente con la fe en la posibilidad de su objetividad.”²¹¹ Estas garantías son conocidas como los llamados derechos de libertad: libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad de expresión, derecho a la intimidad, libertad de ciencia, etc. Kelsen considera que la existencia de estas libertades es “un principio vital de la democracia”. La existencia de estas libertades son las que hacen que un Estado sea democrático o no; es decir, la falta de ellas hace que el Estado no sea una democracia, por lo menos en un sentido pleno. Sin embargo, Kelsen parece contradecirse cuando también señala: “Así, la democracia –siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él– es compatible aún con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e *incluso con el total aniquilamiento de la ‘libertad’ individual* y con la negación del ideal del liberalismo. Y la historia demuestra que el poder del Estado democrático no propende a la

²¹⁰ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 106.

²¹¹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 141-142. Las cursivas son nuestras.

expansión menos que el autocrático.”²¹² Aquí Kelsen está aceptando que un Estado puede ser una democracia aunque “aniquile toda libertad individual”, lo cual es una contradicción con su afirmación según la cual es “vital” para una democracia la existencia de los derechos de libertad.

Lo señalado por el jurista austriaco también contradice su tesis según la cual una democracia no sólo lo es en un sentido positivo, esto es, en tanto participación de los individuos en la creación del orden jurídico (o en el gobierno del Estado), sino que la democracia también tiene un sentido negativo, esto es, en que existen ciertos ámbitos de los individuos en los cuales no puede ingresar el Estado, pues de hacerlo ya no sería una democracia, sino una autocracia, un Estado totalitario. Dejemos que el jurista austriaco lo diga con sus propias palabras: “Por la libertad democrática se entienden dos principios diferentes: la libertad positiva o libertad política de autodeterminación, la participación de los gobernados en el gobierno, es decir, en la creación y aplicación del ordenamiento coercitivo, por una parte, y, por otra, la libertad negativa o libertad intelectual, la libertad frente al gobierno, frente a la coerción, garantizada por los derechos humanos constitucionales.”²¹³ Como vemos, Kelsen manifiesta que la democracia debe garantizar que el Estado no interfiera con la libertad de los individuos.

Kelsen incluso llega a afirmar que los derechos de libertad son un requisito para la existencia de la democracia, es decir, su no existencia hacen que el Estado no sea una verdadera democracia; por ello, señala que “Para que un Estado sea democrático no basta que sus ciudadanos participen directa o indirectamente en la formación de la voluntad estatal; además, la constitución debe garantizar a los ciudadanos *libertad de conciencia, de palabra, de prensa y en particular de asociación*.”²¹⁴ Vemos, pues, que Kelsen señala que para que un Estado sea democrático no basta con la participación de los individuos en el gobierno del Estado, sino que también es necesario que se garantice las libertades de los individuos. De no ser así no existe democracia. Por ello,

²¹² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 24-25. Las cursivas son nuestras.

²¹³ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 308.

²¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, pág. 276. Las cursivas son nuestras.

es una flagrante contradicción que Kelsen también señale que la democracia es compatible “con el total aniquilamiento de la ‘libertad’ individual”. Con esto el jefe de la escuela de Viena cae en una evidente contradicción.

Y es que si aceptamos que una democracia es compatible con la falta de libertad, como señala nuestro autor, entonces no habría diferencia esencial con las autocracias, en las que tampoco existen libertades individuales. Creemos que Kelsen no sólo se contradice, sino también se equivoca al afirmar que un Estado sin libertades puede ser considerado como una democracia, pues un elemento esencial de la democracia, aceptado y establecido por la teoría de la democracia, es justamente la existencia de la libertad individual, es decir, la existencia de los llamados derechos de libertad.

1.4.2.8. LA ALTERNANCIA EN LOS CARGOS PÚBLICOS

Kelsen manifiesta que “El ideal de la democracia envuelve la ausencia de dirigentes.”²¹⁵ El Estado democrático “[...] no deja lugar a los temperamentos de caudillo. Pero el ideal de la libertad democrática, la ausencia de imperantes y caudillos, no es ni remotamente realizable, porque la realidad social lleva consigo el gobierno y el caudillaje, quedando sólo por resolver cómo formar la voluntad imperante y cómo crear al caudillo.”²¹⁶ Aquí Kelsen compara la teoría ideal de la democracia con la realidad del Estado democrático y señala que mientras aquélla plantea una democracia sin caudillos, ésta promueve el caudillaje. Lo cierto es que en toda democracia real siempre han existido gobernantes elegidos por el pueblo. El ideal señalado por Kelsen pertenece al mundo del deber ser, pero el ser, la realidad, muestra que toda comunidad siempre ha tenido un líder, un caudillo, un gobernante. Por eso Kelsen, como buen positivista, tiene que aceptar que “la realidad social lleva consigo el gobierno y el caudillaje”.

²¹⁵ KELSSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 111.

²¹⁶ *Ibidem*.

En concordancia con esto, Kelsen dice que lo que caracteriza a la democracia es la pluralidad de dirigentes, “[...] la democracia real que –en contraposición a su ideología– no es una comunidad carente de dirección, antes bien se distingue de la autocracia efectiva no por la ausencia, sino por la profusión de dirigentes.”²¹⁷ La abundancia de dirigentes es, pues, una característica de todo Estado democrático.

Además, en una democracia cualquiera puede llegar a ser gobernante. No se necesita ser un gran intelectual o un gran orador (aunque esto puede ayudar), lo único realmente necesario es tener ambición de poder, fortaleza en toda circunstancia, perseverancia, optimismo ante las adversidades, etc. En una democracia, cualquiera puede elevarse al cargo público. Esto no sucede en una autocracia, pues en ella se cree que el cargo de gobernante debe estar destinado a un hombre que se supone superior a los demás y dotado de cualidades sobrenaturales y únicas. En cambio, “[...] en la democracia el Gobierno no significa ninguna cualidad sobrenatural, *sino que cualquiera puede ser gobernante*, por lo que el mando no es un monopolio permanente de uno solo ni de unos pocos.”²¹⁸

Ahora bien, así como la democracia permite que cualquier individuo pueda llegar a ser gobernante del Estado, ella misma se encarga de sacar a todos aquellos individuos que se muestren incapaces o sean descubiertos en actos de corrupción. Esto no sucede en una autocracia, pues en ésta se “[...] hace precisamente lo contrario siguiendo sus principios de funciones vitalicias e incluso hereditarias.”²¹⁹

En cambio, en una democracia los dirigentes del Estado sólo lo son por un tiempo determinado, es decir, existe alternancia en los cargos públicos. Mientras menor sea el período de gobierno, más democrático es un Estado y, por el contrario, mientras mayor sea el tiempo de permanencia de los gobernantes, menos democrático es un Estado. Y es que en una democracia “Todos los órganos de la comunidad son elegidos sólo para un periodo breve. Incluso el jefe del ejecutivo es ‘líder’ sólo durante un determinado

²¹⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 116.

²¹⁸ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 121. Las cursivas son nuestras.

²¹⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 123.

tiempo y únicamente en ciertos aspectos, ya que tanto la duración de su cargo como su competencia se encuentran limitados.”²²⁰ Todo esto permite que al gobernante se le vea como igual y, por tanto, pasible de fiscalización por parte de los ciudadanos, es decir, “[...] está sujeto a la crítica.”²²¹

Aunque hemos venido señalando que en la democracia todos los individuos son considerados iguales y que incluso el gobernante es un ciudadano más, lo cierto es que la realidad también demuestra que el gobernante es un órgano superior a los órganos que lo eligen. Es decir, al gobernante se le ve como un ciudadano más, pero, al mismo tiempo, su cargo en el gobierno estatal, le otorga una superioridad con respecto a los individuos que lo eligieron como gobernante. Esta es una aparente contradicción. Kelsen también incurre en esta aparente contradicción, pues después de haber señalado que “La democracia trata de ser una comunidad de iguales. Su principio es la coordinación; su forma más primitiva, una organización matriarcal en la que los hombres que viven juntos son hermanos, hijos de la misma madre. Su verdadero símbolo es la Trinidad de la Revolución francesa: libertad, *igualdad*, fraternidad.”²²², también afirma que “[...] *el órgano creado mediante la elección es superior a los órganos creadores*, ya que el primero dicta a los segundos la voluntad gobernante, de normas obligatorias para éstos.”²²³ Como vemos, pareciera existir una contradicción en Kelsen. Lo cierto es que la contradicción es entre la teoría y la realidad, entre el ser y el deber ser, pero no en Kelsen, pues él ha señalado claramente que “*el ideal* de la libertad democrática, la ausencia de imperantes y caudillos, no es ni remotamente realizable, porque la *realidad* social lleva consigo el gobierno y el caudillaje”. Es decir, él señala que en la realidad del Estado democrático, el caudillo o jefe de Estado ostenta un cargo que le da facultades, atribuciones y poder que ningún otro individuo tiene, en este aspecto es superior. Por eso Kelsen solamente dice que “la democracia *trata* de ser una comunidad de iguales”. Dice que trata, pero no que lo sea.

²²⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 247.

²²¹ *Ibídem*.

²²² KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 247-248. La cursiva es nuestra.

²²³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 117-118. Las cursivas son nuestras.

1.4.2.9. LA REPÚBLICA PRESIDENCIALISTA

Como hemos visto a lo largo de este capítulo sobre la democracia, Kelsen es partidario de la supremacía del parlamento sobre los otros poderes del Estado. Por ello, señala que la democracia parlamentaria o parlamentarismo²²⁴ es el tipo de democracia moderna por excelencia.

En concordancia con esto, Kelsen siempre criticó la llamada república presidencial, pues considera que éste no es sino la versión moderna de la monarquía constitucional. Incluso “El poder del presidente es el mismo o mayor que el de un monarca constitucional [...]. Un elemento característico del sistema presidencial consiste en que ni el presidente ni los miembros del gabinete nombrados por él son responsables ante el parlamento; los miembros del gabinete se encuentran subordinados al presidente y conservan su cargo mientras éste lo desea.”²²⁵

Por ello, el jurista austriaco señala que “Desde un punto de vista estrictamente democrático, no hay lugar para semejante órgano; poner a un hombre en la cima del Estado, contradice abiertamente la idea de la soberanía del pueblo.”²²⁶ Esto significa que para nuestro autor la institución de la presidencia de la república no es un órgano democrático, o, lo que es casi lo mismo, es un órgano autocrático.

Tanto es el rechazo que le provoca la figura del presidente de la república, que Kelsen llega a afirmar que los que lo aceptan es porque se han habituado a la figura del monarca. Más aún, señala que no es un órgano indispensable en el Estado democrático, “Por eso son posibles repúblicas sin jefe del Estado propiamente dicho.”²²⁷

Pese a todas las críticas que le hace Kelsen a la figura del presidente de la república, finalmente llega a aceptar que tanto la monarquía constitucional como la república presidencial “[...] son democracias en que el elemento autocrático es

²²⁴ Generalmente se concibe al parlamentarismo como un régimen político que se caracteriza por el hecho de que la elección del poder ejecutivo depende del parlamento y en el que aquél es responsable políticamente ante éste. Para Kelsen no tiene el mismo significado. Para él el parlamentarismo es simplemente un Estado democrático en el que se elige un parlamento (véase el capítulo II.1.4.2.1.).

²²⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 358.

²²⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 458.

²²⁷ *Ibidem*.

relativamente fuerte.”²²⁸ Entre estos elementos autocráticos están, evidentemente, el monarca y el presidente de la república.

1.4.2.10. LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL

Kelsen considera que la república presidencialista se parece bastante a la monarquía constitucional, principalmente por las atribuciones del presidente de la república, que émula las facultades que tiene el monarca. En efecto, las atribuciones de ambos son muy parecidas; por ello, Kelsen llega a afirmar que “El poder del presidente es el mismo o mayor que el de un monarca constitucional [...]”.²²⁹

Y aunque “En la monarquía constitucional, el poder del monarca se encuentra restringido, en el campo de la legislación, por la participación de un parlamento compuesto normalmente por dos cámaras; en el campo de la administración de justicia, por la independencia de los tribunales, y en el de la administración, por la cooperación de los ministros del gabinete. Normalmente, estos últimos son los jefes de las diferentes ramas de la administración. El monarca los nombra [...]”.²³⁰ Lo cierto es que Kelsen se olvida de mencionar que “[...] el monarca constitucional designa los órganos ejecutivos (de la jurisdicción y la administración), [por ello] todavía impera en la ejecución un elemento autocrático.”²³¹ Además, “Los jueces y los funcionarios administrativos son generalmente nombrados por el monarca. Este es comandante en jefe de las fuerzas militares y representa al Estado frente a otros Estados; en particular se encuentra facultado para concluir tratados internacionales, incluso cuando algunos de estos tratados exigen la aprobación del parlamento.”²³² Y si a eso le sumamos el hecho de que una de las dos cámaras del parlamento, esto es, la cámara alta

²²⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 358.

²²⁹ *Ibídem*.

²³⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 357.

²³¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 433.

²³² KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 357-358.

(senadores, lores, etc.), es creada directa o indirectamente por él, entonces podemos concluir que el poder del monarca sigue siendo considerable.

Además, el monarca no tiene responsabilidad política ni jurídica, “[...] no es responsable en absoluto.”²³³ Los responsables son, al igual que en la república presidencial, los ministros, lo cual le da bastante estabilidad al cargo del monarca. Más aún, “Las monarquías constitucionales declaran ‘sagradas’ la persona del rey [...]”²³⁴ Y otorgan “[...] una especial protección jurídica de la vida y del honor del monarca: los delitos de ‘lesa majestad’ castíganse con penas más elevadas.”²³⁵ El monarca posee, pues, bastantes prerrogativas e inmunidades establecidas por la Constitución. Por consiguiente, también en este aspecto se parece bastante al presidente de la república.

Por otra parte, el elemento democrático de la administración en la monarquía constitucional es el municipio. En éste se encuentra “[...] en la forma de la autonomía.”²³⁶

Pero el elemento democrático fundamental en la monarquía constitucional es el parlamento. En éste existen dos cámaras bastante diferenciadas: la cámara baja (cámara de diputados) y la cámara alta (senadores, lores, etc.). Solamente la primera es elegida por el voto popular, pues la segunda es nombrada directa o indirectamente, como ya hemos señalado, por el monarca. Además, “[...] en la cámara popular de las monarquías constitucionales, el elemento democrático no impera tampoco en toda su pureza. Esto lo demuestra la influencia relativamente amplia que ejerce el monarca en la actividad de dicha cámara. Aun cuando no tenga siempre el derecho de nombrar su presidente, siempre le corresponde convocarla, reunirla y aun disolverla y convocar las nuevas elecciones.”²³⁷ Aquí hay semejanza con el presidente de la república, pues éste

²³³ Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 357.

²³⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 431.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 434.

²³⁷ *Ibidem*.

también pude disolver el parlamento y convocar nuevas elecciones; por ello, coincidimos con Kelsen cuando señala que la república presidencialista y la monarquía constitucional tienen características comunes.

Asimismo, Kelsen dice que “Si el parlamento está formado, excepcionalmente, por una sola cámara, puede unir a ella los elementos propios de la cámara popular y de la alta cámara.”²³⁸

En conclusión, pese a que en la monarquía constitucional solamente una de las cámaras es elegida por el voto popular y que, en el caso de existir una sola cámara, se mantiene en ella tanto elementos democráticos como autocráticos, estamos de acuerdo con Kelsen cuando señala que la monarquía constitucional y la república presidencial “[...] son democracias en que el elemento autocrático es relativamente fuerte.”²³⁹

1.4.2.11. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, para Kelsen la democracia es un método de participación de los individuos en el gobierno del Estado, es decir, en la creación del orden jurídico. Esta participación se limita fundamentalmente a la elección de los órganos representativos (parlamentarios y jefe de Estado).

Kelsen señala que la democracia actual es una democracia indirecta o representativa, pues la llamada democracia directa es cosa del pasado, posible solamente en los pequeños Estados de la antigüedad.

Asimismo, el jurista austriaco considera que la democracia representativa necesita, para su plena realización, de los siguientes requisitos principales: pluralidad de partidos políticos, respeto por las minorías, existencia de los llamados derechos de libertad, alternancia en los cargos públicos, división de poderes, existencia de mecanismos de control (principio de legalidad, principio de publicidad y control

²³⁸ *Ibidem.*

²³⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 358.

jurisdiccional), entre otros más. Por consiguiente, si faltan algunos de estos requisitos, entonces el Estado no es una verdadera democracia, o, en el peor de los casos, es una autocracia.

CAPÍTULO III

LA AUTOCRACIA

1. LA AUTOCRACIA

Kelsen considera que la autocracia es un *método* de creación del orden jurídico. Él señala que en la autocracia el orden jurídico “[...] es establecido por el único al que todos los demás están sometidos –sin participar en modo alguno en la formación de la voluntad común– por el soberano y caudillo que, por sus dotes personalísimas y naturaleza diferente a la de los demás, se encuentra sobre todos y frente a todos.”²⁴⁰ Es decir, el orden jurídico es creado solamente por el autócrata. Los ciudadanos no tienen participación en la creación de las normas jurídicas estatales.

El elemento esencial es, pues, la *no-participación*. Esto es lo que distingue a la autocracia de la democracia (método de participación). Por ello, la autocracia también puede ser definida como no-participación.

Sin embargo, Kelsen dice que “[...] la idea de autocracia encuentra dificultades de realización. Es algo que supera a las posibilidades del espíritu y la voluntad más extraordinarias, que el orden de una comunidad sea creado y realizado en todos sus grados y fases por un hombre solo. De aquí que el déspota necesite delegar en mandatarios, apoderados, representantes, gobernadores, etc., y rodearse de consejeros y asesores. Cuando el territorio es muy extenso, se le divide en provincias, a cuya cabeza coloca el déspota un virrey o lugarteniente. En definitiva, *la autocracia más extrema no es posible sin una pluralidad de órganos*.”²⁴¹ Aquí Kelsen parece contradecir su anterior afirmación, pues ahora señala que la autocracia es un método de creación de las normas jurídicas en las que no sólo interviene el autócrata, sino también un grupo de hombres (mandatarios, apoderados, representantes, etc.) que lo ayudan a crear las normas jurídicas necesarias para gobernar el Estado. Lo que

²⁴⁰ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 140.

²⁴¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 417. Las cursivas son nuestras.

sucede es que en la primera definición de Kelsen él tiene en mente a la autocracia *ideal*; en cambio, en la segunda se refiere a la *realidad* del Estado autocrático. En todo caso, las dos afirmaciones de Kelsen son diferentes, incoherentes, por decir lo menos.

Lo cierto es que Kelsen siempre supo diferenciar entre la teoría y la realidad. Por ello, señala que en la realidad no existe una autocracia pura, sino que toda autocracia también contiene, en cierto grado, algunos elementos de la democracia; es lo que él llama “[...] la mixtura del principio autocrático [...]”.²⁴²

Ahora bien, mientras en la democracia la libertad es elemento esencial, en la autocracia, por el contrario, es un elemento poco valorado. Kelsen dice que “Negación plena del valor de libertad, maximalización de poder; tal es la idea de la autocracia.”²⁴³ El poder, claro está, lo tienen de manera exclusiva el autócrata y el grupo de hombres que lo ayudan a gobernar el Estado.

Kelsen afirma que “En una autocracia, por el contrario, no se tolera ninguna oposición. No hay discusión ni compromiso, sino solamente órdenes y, por consiguiente, no existe libertad religiosa o de opinión.”²⁴⁴ Como vemos, nuestro autor manifiesta que libertades esenciales, tales como la libertad de expresión y la libertad religiosa, no existen en la autocracia. Tampoco existen opositores, pues la autocracia, a diferencia de la democracia, prohíbe la existencia de partidos políticos. Por eso Kelsen señala que la autocracia “[...] se caracteriza no sólo porque la masa del pueblo está excluida de toda participación en el gobierno, sino también por la ausencia de las libertades esenciales, *especialmente la libertad de los partidos políticos*.”²⁴⁵ Parafraseando a Karl Popper, podemos decir que el Estado autocrático es una sociedad cerrada.

²⁴² KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, pág. 221.

²⁴³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 139-140.

²⁴⁴ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 244.

²⁴⁵ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 161. Las cursivas son nuestras.

Quizá una de las libertades que más extrañaba en la autocracia alguien que había hecho de la ciencia lo más importante de su vida, era justamente la falta de libertad de la ciencia. Kelsen considera que todas las autocracias son contrarias a la razón y a la ciencia. Según él, la autocracia se caracteriza por su extremo irracionalismo. Por eso señala que “Es evidente que bajo un régimen político de este tipo no puede haber libertad para la ciencia, la cual es tolerada solamente en cuanto constituya un instrumento manejable para el gobierno. Nada es más expresivo de un giro hacia una actitud intelectual más o menos favorable a la autocracia que el abandono de la creencia en la posibilidad de una ciencia objetiva, es decir, independiente de los intereses políticos y digna, por ello, de libertad. La existencia de la democracia se encuentra en peligro si el ideal del conocimiento objetivo es colocado por detrás de otros ideales. Esta actitud intelectual se acompaña, en general, de la tendencia a atribuir a lo irracional un valor mayor que a lo racional, En el conflicto entre religión y ciencia prevalece la primera sobre la segunda.”²⁴⁶

Kelsen tiene razón cuando señala que en la autocracia la ciencia está al servicio del gobierno y no de la verdad (como debería ser). Todas las autocracias siempre tratan de convencer de su verdad, de su ideología. Los ejemplos de la Rusia bolchevique, la China de Mao, la Cuba de Fidel Castro, etc., demuestran que las autocracias reemplazan la ciencia por la ideología. En tales casos las universidades enseñan la ideología estatal como si fuera la verdad científica. Por eso tiene razón Norberto Bobbio cuando señala que “En la edad contemporánea, los países que tuvieron gobiernos autoritarios son los países en los cuales las ciencias sociales no se desarrollaron o, incluso allí donde ya habían nacido, su desarrollo se detuvo. Cuando las ciencias sociales se enseñan como instrumentos de propaganda, acaban por desviarse de sus fines naturales y en definitiva se pervierten. (Cuando yo era estudiante, en nuestras universidades la ciencia política había sido sustituida por la doctrina del fascismo, cuyo examen era obligatorio, y no solamente para los

²⁴⁶ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 244.

estudiantes de las facultades humanísticas. En los países sometidos a regímenes comunistas, se enseña el marxismo-leninismo).”²⁴⁷

Por otra parte, Kelsen manifiesta que “El tipo moderno de autocracia –la cual en épocas anteriores apareció bajo los nombres de tiranía, despotismo, monarquía absoluta- es la dictadura de partido.”²⁴⁸ Como veremos más adelante, el fascismo y el bolchevismo son los dos tipos más característicos de la llamada dictadura de partido.

Finalmente, habría que agregar que existen autocracias que aparentan ser democracias sólo por el hecho de que periódicamente se realizan “elecciones”. En estas autocracias no hay división de poderes, falta alternancia en los cargos públicos, la inmensa mayoría de la prensa está en poder del gobierno, existen fraudes electorales, se ataca ferozmente a los partidos políticos opositores, se viola el principio de legalidad, etc. Los casos de Fujimori en el Perú y de Chávez en Venezuela son dos típicos ejemplos de seudodemocracias legitimadas por elecciones periódicas. Según la concepción de Kelsen estos países son realmente autocracias, pues no tienen los requisitos para ser Estados democráticos en el sentido pleno del término (véase todo el capítulo II.1.4.2.).

1.1. AUTOCRACIA Y CAUDILLO

Mientras en la democracia los dirigentes del Estado solamente lo son por un tiempo, esto es, existe alternancia en los cargos públicos; en la autocracia, en cambio, los autócratas tienden a perpetuarse en el poder. Kelsen considera que este es uno de los aspectos más importantes en el que se diferencian la autocracia y la democracia.

Nuestro autor manifiesta que el “[...] hecho de que el dirigente en la autocracia sea transcendente a la comunidad mientras que en la democracia sea inmanente a ella, se deriva la consecuencia, característica para la primera, de que la persona que

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, traducido por Antonio de Cabo de la Vega y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 424-425.

²⁴⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 161.

ejerce las funciones del Gobierno es siempre superior al orden social, y, por consiguiente, irresponsable de por sí, mientras que la responsabilidad de los dirigentes es una nota específica de la democracia efectiva.”²⁴⁹ Esto se debe al hecho de que en la autocracia el autócrata es considerado superior a los demás individuos, con cualidades especiales y únicas, mientras que en la democracia se cree que todos son ciudadanos, incluso el gobernante, con iguales derechos y deberes. Por ello, siendo el autócrata superior al orden jurídico, es decir, trascendente, y siendo en la democracia el gobernante un ciudadano más, es decir, inmanente al orden jurídico, no sorprende que Kelsen señale que en la autocracia el caudillo es irresponsable y que, en cambio, en la democracia el gobernante es responsable jurídicamente. Y es que de una u otra forma, en mayor o en menor grado, los dos son responsables ante el orden jurídico, los dos son órganos del Estado y, por tanto, sus atribuciones, sus derechos y deberes están determinados en la Constitución.

En la autocracia la relación de los demás con el caudillo es de subordinación. En la democracia, por el contrario, la relación es, o por lo menos intenta ser, de coordinación. La democracia es una comunidad matriarcal, donde todos son hermanos de madre. En cambio, la autocracia es “[...] por naturaleza una comunidad paternalista. La relación hijo-padre es la categoría que le corresponde. Su estructura consiste en la supremacía y en la subordinación, es decir, en una articulación jerárquica y no en la coordinación.”²⁵⁰

Si en la democracia se considera que cualquier individuo puede llegar a ser jefe del Estado, en la autocracia se cree que sólo el caudillo tiene derecho a ocupar ese cargo. Kelsen dice que “[...] la cualidad intransmisible del caudillo es precisamente estar en posesión de esta justicia, como virtud y capacidad habidas por la gracia de Dios; tal es la legitimación de su poder dictatorial.”²⁵¹ Es decir, el hecho de que el caudillo sea descendiente de Dios o incluso Dios mismo, o, para ser más modernos,

²⁴⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 120.

²⁵⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 248.

²⁵¹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 144.

siendo él un ser superior a los demás hombres, con cualidades extraordinarias y sobrenaturales, quién mejor que el caudillo para merecer ser el jefe del Estado.

Ahora bien, mientras en la teoría de la democracia ideal se propugna que no existan caudillos (aunque en la realidad de todos los Estados democráticos siempre han existido), en la teoría de la autocracia, por el contrario, se justifica y se propugna la existencia de los caudillos. En el primer caso hay una contradicción entre la teoría y la realidad, en la segunda hay una plena concordancia entre la teoría y la realidad.

1.2. AUTOCRACIAS ANTIGUAS

La monarquía absoluta o despotismo, la monarquía feudal y la monarquía estamentaria, son prácticamente las únicas autocracias antiguas tratadas por Kelsen. Por ello, las vamos a analizar a continuación.

1.2.1. LA MONARQUÍA ABSOLUTA

El jurista austriaco señala que “La forma histórica más acentuada de la autocracia es la monarquía absoluta, del tipo de la que existió en Europa en el siglo XVIII y en Oriente en los períodos más diversos y entre los pueblos más diferentes.”²⁵² La monarquía absoluta es “[...] conocida también con el nombre de despotismo [...]”.²⁵³

En la monarquía absoluta o despotismo “[...] *el orden jurídico es creado y aplicado, en todas sus etapas, bien directamente por el monarca, bien por órganos designados por el monarca mismo.*”²⁵⁴ Aquí Kelsen señala que “el orden jurídico es creado y aplicado, en todas sus etapas, bien directamente por el monarca, bien por órganos designados por el monarca mismo”. En cuanto a que el monarca crea y aplica el orden jurídico en todas sus etapas directa o indirectamente, creemos que quizá lo pueda hacer indirectamente nombrando a otros órganos para que lo ayuden a gobernar el Estado, pero se equivoca cuando señala que el orden jurídico es creado directamente sólo por el monarca. Esto es

²⁵² KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 357.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*. Las cursivas son nuestras.

imposible, y el mismo Kelsen lo ha reconocido anteriormente cuando señaló que esto “[...] supera a las posibilidades del espíritu y la voluntad más extraordinarias, que el orden de una comunidad sea creado y realizado en todos sus grados y fases por un hombre solo. De aquí que el déspota necesite delegar en mandatarios, apoderados, representantes, gobernadores, etc., y rodearse de consejeros y asesores. Cuando el territorio es muy extenso, se le divide en provincias, a cuya cabeza coloca el déspota un virrey o lugarteniente. En definitiva, *la autocracia más extrema no es posible sin una pluralidad de órganos*.”²⁵⁵ Como vemos, Kelsen cae en contradicción, pero, además, contradice la realidad, pues nunca ha existido un Estado en el que el gobernante o autócrata haya creado y aplicado directamente él solo el orden jurídico estatal.

Por otra parte, Kelsen manifiesta que el monarca es un órgano del Estado, pues ayuda a crear el orden jurídico estatal. Asimismo, manifiesta que es falsa la teoría según la cual el monarca está fuera del orden jurídico, ya que “[...] el déspota queda siempre vinculado por ciertos preceptos jurídicos, de contenido principalmente religioso.”²⁵⁶

Además, “Carece de sentido la afirmación de que en el despotismo no existe un orden jurídico y sólo impera el capricho del déspota.”²⁵⁷ Kelsen considera que todo Estado es un orden jurídico que ha alcanzado cierto grado de centralización en sus funciones fundamentales. Por eso afirma que “[...] el Estado más despótico constituye un orden de la conducta humana, pues sin él no existiría Estado ni comunidad alguna, y ningún hombre podría calificarse de soberano, rey, príncipe, etc. Y este orden es, justamente, el orden jurídico.”²⁵⁸

1.2.2. LA MONARQUÍA FEUDAL

Kelsen dice que “La Monarquía feudal se caracteriza por su organización piramidal: en la cima, el monarca, como señor feudal supremo –propietario eminente de

²⁵⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 417. Las cursivas son nuestras.

²⁵⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 426.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

todo el territorio-; inmediatamente subordinados a él, los barones, como señores feudales; bajo éstos los vasallos, con sus distintas categorías, etc.”²⁵⁹ Aquí Kelsen señala que el monarca se encuentra en la cima, lo cual es cierto, pero eso no significa que su poder sea total sobre las otras clases, sobre todo sobre los señores feudales (los barones).

Por eso creemos que Kelsen se equivoca cuando señala que “La limitación del monarca consiste en que sólo tiene potestad de mando sobre los señores de categoría superior, de modo que la soberanía no se actúa sobre la masa de los súbditos [...]”²⁶⁰ Lo cierto es que el monarca no tenía la potestad total sobre los señores feudales. No olvidemos que entonces el Estado no estaba totalmente consolidado. El poder estatal estaba repartido entre el monarca y los señores feudales, y en muchos casos el poder conjunto de varios de éstos era mayor al que tenía el rey. Por eso los señores feudales no temían enfrentarse con el monarca cuando sus intereses chocaban con los de éste.

Y es que el gran poder que tenían los señores feudales se debía a que ellos eran los dueños de la tierra, y esto les aseguraba el dominio sobre los vasallos, pues éstos dependían de la tierra para poder subsistir. Esto les garantizaba a los barones la lealtad de los vasallos, con lo cual contaban con el recurso para guerrear contra otros señores feudales, pero también contra el rey.

1.2.3. LA MONARQUÍA ESTAMENTARIA

La monarquía estamentaria es un Estado más desarrollado y consolidado que la monarquía feudal, pues en ella el poder estatal no estaba repartido entre muchos señores feudales que actuaban como pequeños monarcas en sus respectivos feudos, sino que estaba concentrado, fundamentalmente, en manos de dos órganos: el monarca y el parlamento. Kelsen dice que “La Monarquía estamentaria, que es un desarrollo del Estado feudal, muestra como suprema autoridad legisladora (o, mejor,

²⁵⁹ KELSSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 427.

²⁶⁰ *Ibidem*.

creadora de normas individuales, pues las generales son consuetudinarias) a un monarca hereditario o elegido de por vida, en unión de los estamentos o 'brazos', esto es, la asamblea de la alta aristocracia, del alto clero y de los representantes de ciertos grupos privilegiados: la pequeña nobleza territorial y las ciudades. En ciertas materias, el monarca y los estamentos tienen competencias independientes; pero, ambos son, en todo caso, órganos del Estado."²⁶¹ Quiere decir que en la monarquía estamentaria el poder del Estado se repartía entre el monarca y el parlamento estamental. Cada uno de ellos tenía sus atribuciones bien delimitadas, e incluso independientes entre sí. Kelsen considera que por más independientes que pudieran ser tales facultades, todas ellas eran otorgadas por un orden jurídico común. Por eso nuestro autor señala que ambos son órganos del Estado. Por consiguiente, era el orden jurídico estatal el que regulaba las funciones de ambos.

Esto es lo que lleva a Kelsen a señalar que es falsa la tesis según la cual el Estado estamentario no era unitario porque existía conflictos entre el monarca y el parlamento. Los conflictos entre diversos poderes del Estado es algo que, en mayor o en menor grado, existe en todos los Estados. Por ello, eso no puede ser un argumento válido para señalar que un Estado no tiene unidad jurídica. Y es que "[...] Si esa afirmación fuera cierta, el Estado estamentario no sería uno, sino dos Estados, y no se comprendería cómo se habla de 'un' Estado alemán o francés en esa época. El indudable dualismo tiene que estar jurídicamente superado en algún punto; el Estado estamentario tiene que desembocar en algún vértice común, aunque no sea más que en una norma fundamental que divida la competencia de creación jurídica en dos autoridades coordinadas, cuyas atribuciones concretas delimite de algún modo. Con algún esfuerzo se hallaría que esa norma fundamental era también una norma positiva. Por lo demás, se reconoce generalmente que existía una constitución positiva del Estado estamentario, consistente en la regulación de la concurrencia de los dos factores en la realización de las funciones estatales de mayor importancia."²⁶² Nosotros

²⁶¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pp. 427-428.

²⁶² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 428.

estamos de acuerdo con esta afirmación de Kelsen según la cual el Estado estamentario es un solo Estado y un solo orden jurídico.

1.3. AUTOCRACIAS MODERNAS

1.3.1. LAS DICTADURAS DE PARTIDO

Las formas autocráticas modernas más caracterizadas son las llamadas dictaduras de partido. Las dictaduras de partido son Estados en los que existe y domina un solo partido político. Kelsen dice que “El ‘Estado de partidos’ se ha convertido en ‘Estado de un solo partido’, esto es, en dictadura de partido, desde el momento que un partido único ha alcanzado el poder para ejercerlo exclusivamente por sí mismo, excluyendo a todos los restantes. Estos son aniquilados, y se impide por todos los medios posibles la formación de partidos nuevos. Los cargos públicos de mayor importancia son ocupados por miembros del partido dominante, el único al que se reconoce existencia jurídica. Su organización es la única que influye de modo decisivo en la formación de la voluntad estatal.”²⁶³ En este sentido, la dictadura de partido es opuesta a la democracia, pues en ésta existe una pluralidad de partidos políticos. Ejemplos de dictaduras de partidos son la Rusia bolchevique, la Italia fascista y la Alemania nazi.

Kelsen señala que el orden jurídico, o, mejor dicho, la creación y aplicación del orden jurídico, está determinada casi totalmente por el partido político dominante. Esto significa que “[...] la fase decisiva de la formación de voluntad estatal se relega a un estadio prejurídico.”²⁶⁴ Es decir, la formación de la voluntad estatal se relega a la esfera de los partidos políticos. Esto significa que el parlamento, que en la democracia es el órgano legislativo por excelencia, en la dictadura de partido no participa realmente en la

²⁶³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 464.

²⁶⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 465.

creación de normas jurídicas, pues éstas vienen determinadas por las decisiones que se toman por los dirigentes del partido único.

El “parlamento” que existe en la dictadura de partido no es realmente un parlamento, pues en él está representado un solo partido político, con lo cual se hace imposible el debate, el pluralismo y la confrontación dialéctica de ideas (lo que es justamente la esencia del parlamento). Es decir, el parlamento solamente se limita a ejecutar las directivas del partido único.

Nuestro autor manifiesta que en la dictadura de partido el parlamento está “[...] constituida en todo o en su mayor parte por los miembros del partido dominante.”²⁶⁵ Incluso los supuestos miembros independientes o integrantes de otros “partidos”, son en realidad miembros del partido político que domina el Estado. El parlamento está integrado, pues, en su totalidad, por parlamentarios que obedecen las directivas del partido gobernante. Lo cierto es que en las “elecciones” en las que se elige al parlamento, solamente participan el partido único y los otros “partidos”, siendo éstos en realidad frentes de fachada de aquél. En estos casos “[...] existe tal falta de libertad en la elección que ésta viene a ser; en el fondo, una forma de nombramiento.”²⁶⁶ Y es que para que una elección sea democrática necesita que participen diversos partidos políticos, con ideología y programas que tengan algún grado de diferencia; tal cosa no sucede en esta forma autocrática moderna. Por ello, Kelsen dice que en las dictaduras de partido, las elecciones “[...] tienen como único objetivo ocultar el hecho de la dictadura.”²⁶⁷

Asimismo, en las dictaduras de partido las libertades de los individuos están recortadas o eliminadas. Aquellos derechos tan característicos en las democracias, y que sirven para garantizar el ámbito de libertad de las personas, no son conocidos ni garantizados por este tipo de autocracia. Para tener ciertos derechos, se exige pertenecer al partido único. Al respecto el jurista austríaco señala que “En la dictadura

²⁶⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 465.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 360.

de partido la libertad de palabra y de prensa, lo mismo que todas las otras libertades políticas, se encuentran completamente suprimidas. No solamente los órganos oficiales del Estado, sino también los del partido, pueden interferir arbitrariamente con la libertad del ciudadano.”²⁶⁸ Pero no sólo es la libertad individual la que está afectada en la dictadura de partido, sino que también “[...] la independencia de los tribunales queda abolida [...]”²⁶⁹ Como vemos, el partido único maneja al poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, es decir, concentra en sus manos todo el poder del Estado. Por consiguiente, en la dictadura de partido, a diferencia de lo que sucede en la democracia, no existe división de poderes.

Ahora bien, en las dictaduras de partido el Estado invade ámbitos que pertenecen a la intimidad de las personas. Su poder de coerción, el control de las actividades individuales, el manejo de la cultura, la educación, la ciencia y la economía, llegan a niveles en los cuales los individuos no tienen realmente libertad. El poder del Estado es, pues, total. Por eso “[...] las dictaduras de partido han sido también llamadas Estados ‘totalitarios’.”²⁷⁰, pues el orden jurídico penetra en casi todos los ámbitos de los intereses de los particulares como ningún otro Estado lo hace.

Kelsen dice que “Un Estado totalitario, que suprime todas las libertades individuales, no es posible sin una ideología sistemáticamente propagada por el gobierno.”²⁷¹ Esto es cierto, pues las dictaduras de partido hacen que su ideología sea la única que tiene cabida dentro del Estado. Siendo la ideología oficial del Estado, es enseñada en los colegios, en las universidades, en los institutos militares y en todas las instituciones existentes dentro del Estado. Incluso la música, el arte, la cultura y todas las demás actividades humanas están obligados a propalar y difundir la ideología estatal.

²⁶⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 359.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 360.

²⁷¹ *Ibidem*.

Del mismo modo, “[...] la economía se encuentra en gran medida regulada de manera autoritaria. El bolcheviquismo es comunismo de Estado, el fascismo y el nacional socialismo revelan una tendencia hacia el capitalismo de Estado.”²⁷² La verdad es que en Rusia nunca hubo realmente socialismo o comunismo, sino, al igual que en las otras dos dictaduras de partido (fascismo y nazismo), solamente un capitalismo de Estado.

Kelsen dice que las dictaduras de partidos se instauran de dos formas: de manera democrática o pacífica y de manera revolucionaria o violenta. El nazismo y el fascismo son ejemplos del primero, pues ambos llegaron al poder de manera democrática, es decir, mediante elecciones, aunque después devinieron, paulatinamente, en autocracias; en cambio, el bolchevismo es ejemplo del segundo, pues alcanzó el poder mediante una revolución. Ya sea que lleguen de manera democrática o violenta, lo cierto es que la dictadura de partido “[...] significa siempre, cualquiera que sea el procedimiento (legal o revolucionario) de su instauración, una plena ruptura con el precedente sistema democrático [...]”²⁷³

1.3.1.1. BOLCHEVISMO Y FASCISMO

El bolchevismo y el fascismo son las dos formas características de las llamadas dictaduras de partido. El bolchevismo se desarrolló en la Rusia de Lenin y el fascismo se desarrolló en la Italia de Mussolini y en la Alemania de Hitler.

El bolchevismo se instauró en Rusia después de la primera guerra mundial. Es producto de la revolución socialista comandada por Lenin y tiene como base ideológica al marxismo leninismo. Kelsen manifiesta que “En realidad, esta dictadura se ha convertido en dictadura de un partido, que representa los intereses de los proletarios y se opone a todos los otros partidos, inclusive si son proletarios. Originalmente, la palabra ‘bolcheviquismo’ sólo se aplicó al partido que ejerce la dictadura en Rusia, pero

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 465.

en la actualidad ha llegado a designar un tipo de gobierno.”²⁷⁴ Es cierto que el bolchevismo llegó a designar un determinado tipo de gobierno autocrático, y no sólo se desarrolló en Rusia, sino también, con ciertos matices, en otros países como Rumania, Polonia, Cuba, etc.

El fascismo, en cambio, “[...] era un partido de la clase media, que llegó a la dictadura en lucha con los partidos proletarios. La palabra fascismo –lo mismo que el término bolcheviquismo- ha llegado a usarse como el nombre para un tipo de gobierno, por ejemplo, para la dictadura de un partido de la clase media. El Estado Nacional Socialista en Alemania pertenece al mismo tipo.”²⁷⁵ Lo cierto es que el fascismo se desarrolló en otros países más; por ejemplo, en la España de Franco.

Kelsen manifiesta que el fascismo surgió como contraparte y en lucha con el socialismo, específicamente contra la llamada dictadura del proletariado propuesta por el marxismo, es decir, “[...] el ‘fascismo’ [...] representa el tipo de la dictadura de un partido burgués, opuesta a la dictadura del proletariado.”²⁷⁶

Por otro lado, Kelsen señala que el bolchevismo es un enemigo muy peligroso, pues “[...] *combate contra la idea democrática bajo el disfraz de una terminología democrática.*”²⁷⁷ Es decir, aparenta defender a la democracia, pero en realidad es su enemigo. Lo que sucede es que la democracia es un término que siempre ha gozado de una gran adhesión por parte de los individuos; por ello, el bolchevismo nunca atacó abiertamente a la democracia, pues no era políticamente conveniente. Lo cierto es que “El bolchevismo se atiene, en principio al menos, a la ideología democrática, de la que echa mano hasta cierto punto en la organización de las autoridades. Incluso llega a caracterizarse como la ‘verdadera democracia’ al presentarse como dictadura de una clase, cuya finalidad es la supresión de toda oposición de clases y, por consiguiente, el

²⁷⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 359.

²⁷⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 359.

²⁷⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 464.

²⁷⁷ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 208.

establecimiento de la libertad plena y perfecta.”²⁷⁸ Como vemos, el bolchevismo pretende hacer pasar la dictadura del proletariado como una forma de democracia, lo cual es desde todo punto de vista inadmisibile, pues una dictadura es una forma de autocracia y no una forma de democracia. Sin embargo, el bolchevismo jamás dejó de tergiversar los conceptos de democracia y autocracia. Y esto se explica, como ya lo hemos señalado, en el hecho de que “[...] el bolchevismo no quiere renunciar a la extraordinaria fuerza atractiva de la democracia, al elevado valor emotivo que la idea de democracia posee y que posiblemente poseerá siempre (en virtud del valor de libertad que representa), en la medida en que los seres humanos se quieran proteger frente a la coacción que emana de todo orden social. De ahí los típicos y siempre repetidos intentos de la teoría política marxista para manipular el concepto de democracia de tal modo que queden fuera de él el principio mayoritario, la dialéctica entre mayoría y minoría, la protección de las minorías, etc., y para que en él se pueda insertar la dictadura.”²⁷⁹ Es decir, aunque el concepto de democracia manejada por el bolchevismo es distinto al concepto estricto de democracia, esta forma de dictadura de partido lo sigue llamando democracia, lo cual denota una grave manipulación del concepto.

A tanto llegó la manipulación del concepto de democracia por parte del bolchevismo, que éste definía a la democracia como un Estado que gobierna a favor del pueblo. Esto significa que si un gobierno otorga bienestar económico a los individuos, entonces tal gobierno puede considerarse una democracia. Esto es claramente falsear el concepto de democracia, ya que ésta se define como un método de participación de los ciudadanos en el gobierno del Estado, es decir, es un medio y una técnica para la creación y aplicación del orden jurídico. Por consiguiente, la democracia es esencialmente la participación del pueblo. No tiene que ver necesariamente con el bienestar económico (tampoco es incompatible). Una democracia puede contener bienestar económico o no, pero lo fundamental es garantizar la participación. Un Estado que otorgue bienestar material a los individuos,

²⁷⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 466.

²⁷⁹ KELSEN, Hans, *El Estado como integración; una controversia de principio*, pág. 134.

pero que no les garantice participación en el gobierno, no es una democracia, pues también una autocracia puede lograr el progreso económico de un país y eso no lo convierte en un Estado democrático. La confrontación del bolchevismo con la democracia fue, pues, de una constante tergiversación de su concepto. Por ello, Kelsen denunciaba el hecho de que el bolchevismo considerara que “[...] la dictadura del partido comunista es democracia.”²⁸⁰

En cambio, el fascismo, a diferencia del bolchevismo, sí luchaba abiertamente contra la democracia. Kelsen dice que esto se debe fundamentalmente al hecho de que en una democracia las masas socialistas tenían grandes posibilidades para actuar y de triunfar, y que por eso el fascismo, consciente de esta realidad, no podía tolerar tal posibilidad. Por ello, el fascismo, enemigo del socialismo y la dictadura del proletariado, “[...] tenía que dirigirse principalmente contra la democracia, que ponía en peligro el poderío político de la burguesía, puesto que ofrecía a las masas grandes posibilidades de acción [...].”²⁸¹

Ahora bien, el fascismo tenía al nacionalismo como base ideológica para luchar contra el socialismo y la democracia. El fascismo considera que la idea de nación es un concepto suficiente para superar toda diferencia de clases, es decir, la lucha de clases desaparece si se le antepone la idea de nación. Con la idea de nación el fascismo cree superar al socialismo, es decir, “[...] al rechazar el punto de vista específicamente socialista de la lucha de clases, no quiere pasar, como el bolchevismo por ser dominio de una clase, sino que se afirma, contrariamente, como representante de la totalidad de un pueblo unificado en nación. Y justamente en esta invocación a la unidad, en esta exigencia de superación, de ignorancia o de negación de la antítesis de clase –las cuales existen y actúan de hecho, a pesar de que se quiera desconocerlo-, en la proclamación de una idea capaz de unir a todos los miembros del Estado, que pueda ser alzada ante el extranjero como signo diferenciador y que sirva, por tanto, para elevar a su más alto punto la propia conciencia nacional, en todo eso radica una de las

²⁸⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 213.

²⁸¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 466.

condiciones esenciales del éxito del fascismo.”²⁸² Como vemos, Kelsen reconoce que el fascismo tuvo éxito en su lucha contra el socialismo, por lo menos en la Italia de Mussolini y en la Alemania de Hitler.

Asimismo, Kelsen dice que tanto en el bolchevismo como en el fascismo existió una exaltación a la figura del caudillo. Mientras la ideología del fascismo contenía expresamente un culto a la personalidad del líder o “duce”, en la ideología del bolchevismo, esto es, en el marxismo, no existía tal culto a los dirigentes del Estado, pues para el marxismo son las masas y no los individuos los que hacen la historia de los pueblos. Sin embargo, en la realidad tanto el fascismo como el bolchevismo exaltaron a sus respectivos líderes. En Italia a Mussolini se le consideraba como un hombre con capacidades extraordinarias y casi únicas. En Alemania, Hitler fue exaltado de tal manera que su voluntad era ley. En Rusia, pese a que la ideología bolchevique lo rechazaba, la figura de Stalin fue exaltada tanto o más que en el fascismo. Lo cierto es que en las tres dictaduras de partido, es decir, en la Italia de Mussolini, en la Alemania de Hitler y en la Rusia de Stalin, se desarrolló el culto y la divinización de los caudillos. Por ello, Kelsen señala que “[...] en este punto no hay en realidad diferencia entre las dos formas de dictadura de partido.”²⁸³

Por otra parte, Kelsen señala que el partido fascista militariza a muchos de sus miembros, es decir, organiza una fuerza de choque encargada no sólo de la defensa, sino también de atacar a sus rivales políticos. Tal fuerza se convierte en un instrumento que ayuda al partido a alcanzar el poder. Tanto en Italia como en Alemania, el fascismo se caracterizaba por mostrar en sus desfiles una marcialidad militar, lo cual incluía la vestimenta militar. Esta milicia civil se mantiene incluso una vez tomado el poder, y en este caso “La dictadura se encuentra luego con el problema político de establecer una relación adecuada entre la milicia del partido y el ejército regular del régimen anterior. Ambas milicias, que llegan a constituir una unidad en la medida de lo posible, son como la espina dorsal del Estado fascista, el cual acepta conscientemente el carácter de Estado militarista; lo cual se ve con suficiente claridad

²⁸² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 466.

²⁸³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 359.

en la educación de su juventud.”²⁸⁴ Pero no sólo es la militarización del partido fascista, sino que incluso la burocracia estatal civil “[...] recibe un carácter esencialmente militar.”²⁸⁵ Es decir, prima la jerarquía del cargo. La obediencia al superior tiene carácter militar: es incondicional.

Ahora bien, Kelsen dice que “El bolchevismo coincide con el fascismo en su actitud fundamentalmente antipacifista. En política exterior, ambos son imperialistas. Aquél, con la finalidad de extender el imperio del socialismo por medio de la revolución mundial; éste, desde el punto de vista de la expansión y predominio nacionales. En consecuencia, uno y otro demuestran un claro desvío hacia toda forma de organización internacional cuya finalidad sea la exclusión de la guerra, y cuya consecuencia resulte ser el mantenimiento del status quo, y que, además, esté fundada sobre el principio democrático de la igualdad de todos los Estados, prescindiendo de su extensión territorial y de sus instrumentos de poder político. El bolchevismo y el fascismo son por igual enemigos de la Sociedad de Naciones, porque uno y otro son adversarios, encubiertos el uno, declarado el otro, de la democracia.”²⁸⁶ La realidad posterior refuta a Kelsen, pues la Rusia bolchevique, Cuba y casi todas las autocracias fueron y son miembros de la ONU. Del mismo modo, la tesis kelseniana según la cual el ser imperialista es una característica exclusiva de las dictaduras de partidos, también es refutada por la realidad histórica, pues democracias como Estados Unidos, Inglaterra, etc., han sido y son imperialistas. Y esto se debe a que la razón de ser imperialista no radica en el hecho de que un Estado sea una democracia o una autocracia, sino en la expansión económica, o, mejor dicho, en la ambición económica. El aspecto económico es la principal causa por la que los Estados devienen en imperialistas. España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, etc., tenían en común no sólo el hecho de querer expandirse militarmente o religiosamente, sino sobre todo la ambición económica por las riquezas de los países que iban a conquistar.

²⁸⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 467.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*.

Por otro lado, tanto el bolchevismo como el fascismo, y nosotros diríamos toda dictadura y toda autocracia, eliminan la libertad de expresión y de prensa. Solamente permiten la existencia de los medios de comunicación que le son afines. Saben que manejar la información es fundamental para mantenerse en el poder. Así como la libertad de expresión es característica esencial en una democracia, la falta de ella es característica en la autocracia. Así vemos que “El bolchevismo ha dado el ejemplo en la elaboración sistemática de las representaciones políticas dominantes en las masas, con todos los medios de una propaganda ejercida por órganos estatales. Ha comenzado por poner al servicio del gobierno la producción consciente de ideologías no sólo por medio de la prensa, sino por manifestaciones públicas, radio, cinema, teatro e instituciones análogas. En este respecto, el fascismo ha seguido sus huellas sin reserva alguna.”²⁸⁷ El caso del nazismo es bastante elocuente, pues ellos copiaron y mejoraron al bolchevismo en el manejo de la prensa como medio esencial para manejar a la opinión pública y para imponer su ideología racista en ella.

Pero no sólo la prensa es controlada totalmente en las dictaduras de partido, también lo es la ciencia, especialmente la ciencia social. Kelsen dice que “La ciencia es puesta al servicio incondicionado de los intereses del poder público, en tanto que es susceptible de ello: *y la ciencia social lo es, sin duda alguna.*”²⁸⁸ Y esto es así porque las dictaduras de partido como el bolchevismo y el fascismo, necesitaban que la ciencia social sea su herramienta intelectual para “demostrar” que sus ideologías eran verdaderas. Además, al estar ligada la ciencia social a temas como la democracia, el Estado, el Derecho, etc., entonces era indispensable su control para hacer creer a los individuos que la ideología del Estado era científicamente verdadera.

En cuanto a la religión el bolchevismo y el fascismo tienen diferentes puntos de vista. Mientras el bolchevismo considera que la religión es el opio de los pueblos y, por tanto, la rechaza desde el punto de vista ideológico; el fascismo, en cambio, protegió y utilizó para sus intereses a la religión cristiana. Nosotros creemos que el fascismo es el

²⁸⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 468.

²⁸⁸ *Ibidem*. Las cursivas son nuestras.

que estuvo acertado, ya que la religión cristiana permite justificar cualquier Estado y cualquier contenido ideológico que éste pueda tener. Al respecto Kelsen dice que “No puede decirse lo mismo de la religión, la cual mantiene su libertad más fácilmente que la ciencia en la dictadura partidista. El bolchevismo se limita a separarla del Estado y a limitar su eficacia a la esfera privada. No impide su ejercicio, pero tampoco la propaganda antirreligiosa, la cual se endereza especialmente contra el cristianismo, como ideología protectora del orden social burgués. También el fascismo garantiza la libertad religiosa; pero favorece abiertamente la religión cristiana, a la que trata de poner abiertamente al servicio de su poder.”²⁸⁹ El fascismo aprovechó mejor que el bolchevismo su relación con la iglesia porque su ideología era más permeable a ello. La ideología del bolchevismo, por el contrario, no permitía acuerdos ni alianzas con la iglesia, ya que por cuestiones filosóficas e ideológicas el marxismo era opuesto a toda religión, especialmente a la religión cristiana. En cambio, siendo la iglesia un factor de unidad de la nación, algo fundamental para el fascismo, era natural que éste tuviera las mejores relaciones con la iglesia católica. Por ello, Kelsen señala que “El fascismo trata sobre todo de entenderse con la Iglesia católica, como potencia internacional. Incluso allí donde la población católica no es más que una minoría en oposición con la mayoría protestante, el fascismo se esfuerza por la firma de un concordato.”²⁹⁰

Asimismo, tanto el bolchevismo como el fascismo eliminan los derechos políticos de los individuos, sobre todo de aquellos que no pertenecen a sus filas. El bolchevismo eliminó, de manera progresiva, a todos los partidos políticos opositores, incluso a los otros partidos de izquierda. Más aún, los cargos del aparato estatal eran exclusivamente para los miembros del partido bolchevique. Los miembros de los otros partidos no tenían derechos políticos, la mayoría de ellos estaban en prisión y algunos incluso eran asesinados. El caso de Trotsky y su asesinato en México es un ejemplo emblemático de hasta donde la dictadura del partido comunista ruso podía llegar para acabar con sus enemigos políticos. No nos sorprende, pues, que Kelsen señale que “El

²⁸⁹ *Ibidem.*

²⁹⁰ *Ibidem.*

bolchevismo excluye de todo derecho político a categorías enteras de ciudadanos.”²⁹¹ Por su parte, “El fascismo establece, de acuerdo con su ideología aristocrática y autoritaria, una articulación jerárquica sumamente diferenciada de los funcionarios públicos, y un complicado sistema de honores y dignidades. Y allí donde el fascismo enlaza la idea nacional con el principio racista, o hace basar aquélla en éste, realiza íntegramente una selección de determinadas partes de la población para impedirles el acceso a los cargos públicos y el ejercicio de ciertas profesiones.”²⁹² Pero a Kelsen le falta decir que tanto en el fascismo como en el bolchevismo no sólo se eliminó los derechos políticos de millones de individuos, sino que además se asesinó a millones de seres humanos. Por ejemplo, en la Alemania nazi, Hitler asesinó a millones de judíos por una cuestión racial, y, del mismo modo, en la Rusia bolchevique Stalin acabó con la vida de millones de personas únicamente porque no tenían sus mismas ideas políticas. Por consiguiente, en estas dos dictaduras de partido, no sólo se excluyó de todo derecho político a las personas, sino que, además, se acabó con sus vidas.

Otra característica que Kelsen señala del bolchevismo y del fascismo es el hecho de que en ambas dictaduras de partido se pretende uniformizar culturalmente a todos los individuos del Estado. Kelsen dice que “[...] se aspira intensamente a provocar en el país una igualdad intelectual, en el sentido de una uniformidad de las inteligencias. También en este punto es absoluta la coincidencia en ambos tipos de dictadura partidista [...]. En ambos casos, la tendencia a comprender del modo más completo posible al individuo por el orden coactivo del Estado, tiene que conducir necesariamente a una estandarización de la vida cultural.”²⁹³ El medio principal para ello es la educación en todos sus niveles. En la Rusia bolchevique, por ejemplo, se pretendía que el contenido de la literatura sea sólo la revolución socialista, que la ciencia tratara sólo sobre el socialismo, es decir, tanto la literatura como la ciencia eran reemplazadas por el materialismo dialéctico y el materialismo histórico (marxismo). En la Alemania nazi se hacía casi lo mismo, con la diferencia que el ideal ideológico

²⁹¹ *Ibídem.*

²⁹² *Ibídem.*

²⁹³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pp. 468-469.

descansaba en el principio de la superioridad racial y no en el colectivismo comunista. Lo cierto es que actualmente, con la llamada globalización, se ha conseguido uniformizar de tal manera a la mayor parte de los individuos del mundo, que lo sorprendente es que esto se haya hecho en democracia. Esto significa que la acusación que Kelsen hacía a las autocracias como el bolchevismo y el fascismo de querer uniformizar a los individuos de su Estado y que él atribuía al hecho de ser Estados totalitarios, esto es autocracias, ha sido refutada, pues la realidad ha demostrado que esa no era una atribución exclusiva de ellas, como pensaba y señalaba el jurista austriaco. El mundo actual ha hecho que la uniformización²⁹⁴ cultural sea una realidad en la mayor parte de países del mundo, sobre todo en los Estados democráticos.

Por otra parte, Kelsen señala que “La oposición más saliente entre ambos tipos de dictadura partidista, existe por relación a su actitud ante la igualdad material o económica de los ciudadanos. Bolchevismo y fascismo se hallan en una relación positiva ante el orden económico socialista y capitalista, respectivamente. Pero urge advertir que así como la dictadura proletaria tiene que quedar muy atrás de su ideal marxista de una economía planificada, por razones técnicas y políticas, tampoco la dictadura burguesa está decidida a mantener sino a costa de ciertas reformas el sistema actual, basado en la propiedad privada de los medios de producción y en la libre concurrencia; pues advierte que sin esas reformas el régimen capitalista no puede subsistir.”²⁹⁵ Tiene razón Kelsen, pues las dos formas de dictaduras de partido no pudieron aplicar sus concepciones económicas de manera plena. El bolchevismo, que representa económicamente al socialismo, es decir, a aquella concepción económica que sostiene que sólo el Estado debe planificar y manejar el aspecto económico, no lo aplicó de manera total. Durante mucho tiempo, sobre todo en sus inicios con Lenin, aplicaron la llamada Nueva Política Económica, en la cual permitieron la existencia de diversas empresas privadas. Esto lo explica Lenin de manera detallada en su libro *El*

²⁹⁴ Herbert Marcuse fue uno de los primeros en avizorar y anunciar esta uniformización en su célebre libro *El hombre unidimensional*.

²⁹⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, pág. 469.

impuesto en especie, donde se evidencia la genialidad política del político ruso. En él sostiene que en la primera etapa de la construcción del socialismo se debe coexistir con el capitalismo y aprender de él el arte de gobernar. Lo esencial, dice el líder bolchevique, es que el proletariado ruso aprenda a gobernar, no importa si los capitalistas se enriquecen. Lo fundamental es aprender, señala Lenin. El Estado bolchevique tuvo que convivir, pues, con el capitalismo privado. Del mismo modo, el fascismo, que se identificaba con el capitalismo, no aplicó una política económica totalmente capitalista, sino que la combinó con medidas socialistas (por ejemplo el otorgamiento de derechos laborales), las cuales eran necesarias, pues era una forma de asegurar la supervivencia del capitalismo. En el aspecto económico, el fascismo, al igual que el bolchevismo, tuvo que aplicar una política económica heterogénea.

1.4. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, Kelsen considera que toda autocracia se caracteriza porque en ella no existe participación del pueblo en el gobierno del Estado, es decir, no participa en la creación y aplicación del orden jurídico estatal. Además, el jurista austriaco resalta el hecho de que en la autocracia, a diferencia de lo que sucede en la democracia, los gobernantes no son elegidos por los individuos en elección popular.

En este capítulo, al igual que en el anterior, Kelsen muestra una clara preferencia por la democracia, con lo que se confirma que él contradice su postulado de la neutralidad científica según el cual el científico no debe emitir juicios de valor que muestren preferencia o rechazo por el objeto de estudio.

Asimismo, Kelsen sostiene que la dictadura de partido es un Estado en el que existe un solo partido político, el cual tiene un dominio total en el gobierno y en el Estado. En este sentido, la autocracia se diferencia de la democracia, pues en ésta existe una pluralidad de partidos políticos.

Para nuestro autor, pues, en la autocracia no existe una pluralidad de partidos políticos, tampoco hay alternancia en los cargos públicos, no existe división de

poderes, no se respeta la libertad de prensa ni los demás derechos y libertades de los ciudadanos, no hay tolerancia ni respeto por las minorías, etc. Es decir, en una autocracia falta todo aquello que hacen a un Estado democrático.

SEGUNDA PARTE

FUNDAMENTOS DE LA DEMOCRACIA Y DE LA AUTOCRACIA

CAPÍTULO IV

FORMAS DE ESTADO Y FILOSOFÍA

1. FORMAS DE ESTADO Y FILOSOFÍA

Kelsen considera que es necesario analizar los fundamentos sobre los que descansan la democracia y la autocracia, pues eso nos permitirá relacionar a la filosofía con la política y comprender más a profundidad la naturaleza de las dos formas fundamentales de Estado existentes. Por supuesto que “[...] esa investigación no podrá conducirnos a una decisión objetiva entre las dos formas primarias de la estructura estatal. Pero puede ilustrar al individuo, para que sepa dónde referir su decisión, subjetivamente justificada (y sólo subjetivamente justificable), en el gran conflicto de nuestra época.”²⁹⁶

Sin embargo, Kelsen nos advierte que no debemos de olvidar que la naturaleza del hombre no es siempre racional ni lógica, sino que la mayoría de las veces prima la voluntad y el aspecto subjetivo de cada individuo. Por eso, más que reflejar la razón, las teorías políticas y del Estado reflejan los sentimientos y las emociones de los hombres, lo cual les resta objetividad.

Tomando en cuenta lo mencionado, creemos que realizar el análisis de los fundamentos filosóficos sobre los que se construyen las dos formas fundamentales del Estado, nos permitirá no sólo entender mejor a éstas, sino que también nos permitirá entender mejor la concepción kelseniana de la democracia y de la autocracia.

1.1. RACIONALISMO

El racionalismo es aquella corriente filosófica que sostiene que la razón es el mejor medio para alcanzar la verdad.

Kelsen considera que el racionalismo es propio de la democracia, pues ésta se caracteriza por su tendencia a conocer el mundo y a comprenderlo; en cambio, la autocracia se orienta a la voluntad y el dominio. La voluntad es irracional, el

²⁹⁶ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 130.

conocimiento es racional. Al respecto el jurista austriaco señala: “Donde con más claridad se revela el carácter racionalista de la democracia es en su aspiración a organizar el orden estatal como un sistema de normas generales, preferentemente escritas, en las que los actos individuales de la administración y la jurisdicción se hallen determinados del modo más amplio posible, pudiendo considerarse previsibles.”²⁹⁷ Más adelante añade: “La autocracia, por el contrario, desprecia esta racionalización del orden colectivo; evita en lo posible la vinculación jurídica del imperante y sus auxiliares, los cuales actúan como representantes y servidores personales suyos, pero no como órganos del Estado, a la manera democrática. El acto estatal concreto no constituye ya la ejecución previsible de una ley que, en lo esencial, le preformaría por así decirlo, sino la creación libre e intuitiva del imperante o sus órganos.”²⁹⁸ Como vemos, el creador de la Teoría Pura del Derecho considera que el principio de legalidad, es decir, la regulación jurídica de los actos estatales, es lo que hace más racional a la democracia, pues en ésta, a diferencia de la autocracia, sí se respeta lo señalado por la ley. Por consiguiente, en la democracia prevalece la razón; en cambio, en la autocracia prevalece la voluntad.

Por otro lado, Kelsen sostiene que en la autocracia se tiende a apoyar con más fuerza que en la democracia a las ideologías, sobre todo a las ideologías místico religiosas. Más aún, nuestro autor afirma que la democracia es débil justamente porque no apela tanto a las ideologías de carácter místico como la autocracia. Kelsen pone como ejemplo la exaltación que se hacen en las autocracias a la figura de los caudillos. A éstos se les diviniza, se les considera superiores a los demás individuos, con atributos únicos. En cambio, la democracia rechaza “[...] a las ideologías religiosas y metafísicas que la autocracia utiliza con el fin de mantener su poder. La lucha en cuyo transcurso la democracia vence a la autocracia es una lucha conducida en gran parte en nombre de la razón crítica contra las ideologías que apelan a las fuerzas irracionales del alma humana. Sin embargo, dado que ningún gobierno parece capaz de actuar sin la ayuda de ciertas ideologías que lo justifiquen, también los gobiernos

²⁹⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 143.

²⁹⁸ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 144.

democráticos se sirven de ellas. Pero, por regla general, las ideologías democráticas son más racionalistas, más próximas a la realidad y, por ello, menos eficaces que las empleadas por los gobiernos autocráticos. Dado que el dominio de los gobiernos autocráticos sobre sus súbditos es mayor, estos gobiernos necesitan un velo más tupido para esconder su verdadera naturaleza. Es indudable que en una democracia se utilizan en ocasiones las mismas ideologías religiosas y metafísicas a las que deben, o se supone que deben, su éxito los gobiernos autocráticos, como por ejemplo, la idea de que el gobierno del pueblo realiza la voluntad de Dios. Pero el dicho *vox populi vox Dei* nunca ha sido tomado demasiado en serio. La aureola de un monarca inspirado que pretende ser tal por la gracia de Dios, o el carisma de un líder que pretende estar inspirado por fuerzas sobrenaturales difícilmente pueden atribuirse al pueblo, al Señor o a la Señora América. Una democracia que intentase justificarse de esta forma se parecería sospechosamente a la fábula del asno con piel de león.”²⁹⁹ Lo cierto es que en toda autocracia se exalta en exceso la figura del caudillo; así se hizo en la Italia de Mussolini, en la Alemania de Hitler, en la Rusia de Stalin, etc.

En conclusión, para Kelsen la democracia se identifica con el racionalismo y la autocracia se identifica con el irracionalismo.

1.2. RELATIVISMO

El relativismo es aquella corriente filosófica que sostiene que no existen verdades absolutas, invariables o eternas, sino solamente verdades relativas, cuya validez está limitada por el espacio y el tiempo. En concordancia con esto, Kelsen señala que el relativismo filosófico no hace referencia “[...] a valores inmanentes a una realidad absoluta, no pueden establecer valores absolutos, sino sólo relativos.”³⁰⁰ En cambio, el absolutismo es aquella corriente del pensamiento que sostiene que sí existen verdades eternas e invariables, válidas para todo tiempo y espacio, esto es, para todo lugar y

²⁹⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 246.

³⁰⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 228.

época. Como vemos, la contraposición entre el relativismo y el absolutismo es clara y evidente.

Nuestro autor manifiesta que “La hipótesis del absolutismo filosófico de que hay una existencia absoluta independiente del conocimiento humano, conduce a asumir que la función del conocimiento es meramente la de reflejar, como un espejo, los objetos que existen en sí mismos.”³⁰¹ Esto es contrario a la concepción de Kelsen, pues para éste el conocimiento no existe por sí mismo, sino que “[...] el sujeto humano del conocimiento es –epistemológicamente– el creador de su propio mundo, un mundo que se constituye en y por su conocimiento.”³⁰² Esto “[...] no significa que el proceso cognoscitivo tenga carácter arbitrario. La constitución del objeto del conocimiento por el proceso cognoscitivo no significa que el sujeto cree el objeto como Dios crea el mundo. Hay una correlación entre el sujeto y el objeto del conocimiento. Hay normas que determinan este proceso. Obedeciendo a estas normas, el conocimiento racional de la realidad –que se distingue de la expresión de emociones subjetivas, base de los juicios de valor– es objetiva. Pero dichas normas tienen su origen en la mente humana porque el sujeto del conocimiento es su propio legislador.”³⁰³ En este sentido, Kelsen es consecuente con el llamado método trascendental según el cual el método crea al objeto de conocimiento, y que es uno de los principales presupuestos epistemológicos de su pensamiento.

Ahora bien, Kelsen considera que la democracia es filosóficamente relativista, en cambio, manifiesta que la autocracia es filosóficamente absolutista, o, dicho de otro modo, “[...] a la concepción metafísicoabsolutista del mundo se ordena la actitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del mundo, al relativismo crítico.”³⁰⁴

Kelsen identifica a la democracia con el relativismo porque en la primera existe respeto por las ideas de todos los individuos, en ella hay tolerancia, pluralismo, incluso

³⁰¹ Ibídem.

³⁰² Ibídem.

³⁰³ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 228-229.

³⁰⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 154.

respeto por las minorías. Además, en la democracia se rechaza el centralismo o concentración del poder en una sola persona. En la democracia el poder está repartido entre varios órganos del Estado, y, además, es el pueblo quien finalmente decide quienes tendrán el poder estatal; es decir, la democracia, al igual que el relativismo, rechaza que la verdad pertenezca a un solo hombre, a una sola clase, a una casta o a una secta en particular. En la democracia, como nadie tiene la verdad absoluta, el poder no se concentra en una sola persona u órgano, sino en varios órganos; el poder se reparte en varios, muchos o todos los individuos del Estado. En la democracia, lo que hoy se acepta como el mejor sistema de ideas, mañana puede ser el peor, y, viceversa. Como ningún gobernante tiene la verdad absoluta, entonces puede ser reemplazado por otro gobernante; esto es lo que caracteriza a la democracia: la alternancia en los cargos públicos.

El relativismo también rechaza las verdades absolutas y eternas. El relativismo considera que las verdades de hoy pueden ser reemplazadas por otras verdades, más perfectas y más exactas, pero éstas también pueden, a su vez, ser reemplazadas por otras verdades. Estas características de temporabilidad, provisionalidad y falibilidad, son características tanto de la democracia como del relativismo filosófico. Es por esto que el jurista austriaco considera que la democracia se identifica, en cierta forma y en cierto grado, con el relativismo. Kelsen señala que la democracia busca “[...] lograr un conocimiento objetivo y libre de valores, en el que se ponga de relieve la relatividad de todas las antítesis aparentemente absolutas [...]”.³⁰⁵

Del mismo modo, el jurista austríaco considera que la autocracia se identifica con el absolutismo filosófico, porque ambos se caracterizan por defender las verdades absolutas y eternas. Así, por ejemplo, la autocracia defiende el hecho de que hay hombres y sistemas políticos que son perfectos; además, en la autocracia se sostiene que un hombre puede ser “el único” capaz de gobernar eficazmente el Estado; todo esto sirve de fundamento al hecho de que el autócrata tienda a perpetuarse en el poder. Asimismo, la autocracia, al igual que el absolutismo filosófico, no respeta ni tolera las ideas contrarias, ya que considera que solamente unos iluminados poseen la

³⁰⁵ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 152.

verdad. Por otra parte, si analizamos al absolutismo filosófico y a la autocracia, veremos que ambos se caracterizan por fundamentarse ideológicamente, es decir, no buscan la verdad científica, sino únicamente tienen como objetivo defender intereses de clase, casta, secta, etc. Por ello, nuestro autor afirma que “[...] el tipo autocrático trata el problema de la sociedad como objeto del conocimiento, con arreglo a puntos de vista políticorreligiosos, esencialmente teológicos.”³⁰⁶ Es decir, la autocracia se caracteriza por tener una “[...] actitud típicamente ideológica.”³⁰⁷ Kelsen dice que “El paralelismo entre absolutismo político y absolutismo filosófico no es meramente externo; en realidad, el primero tiene una inconfundible tendencia a usar al segundo como instrumento ideológico. Para justificar su poder ilimitado y la sumisión incondicional de todos los demás, el gobernante debe presentarse a sí mismo, directa o indirectamente, como autorizado por la única verdad absoluta, el ser supremo suprahumano, o como descendiente o representante suyo, o como inspirado por él de alguna forma mística. Allí donde la ideología política de un gobierno autocrático y totalitario no le permite recurrir al absoluto de una religión histórica, como sucede en el nacionalsocialismo y en el bolchevismo, esta misma ideología muestra una tendencia evidente a asumir un carácter religioso mediante la absolutización de su propio valor fundamental: la idea de nación, la idea de socialismo.”³⁰⁸

Por otra parte, Kelsen señala que el perfil psicológico del partidario de la autocracia es el de un hombre cuyo ego está muy exacerbado y que no reconoce ni respeta a sus semejantes. Este individuo no ve a los demás como amigos, sino como enemigos. Asimismo, el no considerar como iguales a los otros, y el tener un intenso deseo de poder, lo llevan a rechazar a la libertad y a la paz como valores de convivencia social. Kelsen manifiesta que “Es muy característico el que el individuo aumente su conciencia de sí identificándose a sí mismo con su super ego, con su ego ideal, y que el dictador dotado de un poder ilimitado represente para él el ego ideal. Esta es la razón de que no sea una contradicción, sino, por el contrario, algo completamente coherente desde un

³⁰⁶ *Ibídem.*

³⁰⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 153.

³⁰⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 241-242.

punto de vista psicológico, decir que precisamente este tipo de hombre es el que está a favor de una disciplina estricta, e incluso de una obediencia ciega, y, de hecho, encuentra en obedecer no menos felicidad que en mandar. La identificación con la autoridad es el secreto de la obediencia.”³⁰⁹ Por eso las autocracias, sobre todo las autocracias bolchevique y nazi, tuvieron como miembros a individuos fanatizados que veneraban la obediencia y la disciplina. Esto los llevó incluso a asesinar a millones de seres humanos, pues pensaban que lo más importante era la obediencia. Esto es algo inconcebible en una democracia, ya que ésta se caracteriza por la diversidad de ideas y por la confrontación y el respeto de todas las opiniones. En la democracia existe un relajo en la disciplina social. Es por eso que mientras en la autocracia coinciden generalmente el gobierno y lo militar; en cambio, en toda democracia, siempre lo militar está subordinado a la autoridad civil.

Ahora bien, Kelsen afirma que “El examen realizado hasta aquí del fundamento filosófico de la democracia *no se dirige ni puede dirigirse hacia una justificación absoluta de este tipo de organización política; no se propone ni se puede proponer demostrar que la democracia es la mejor forma de gobierno*. Se trata de un análisis científico, es decir, objetivo, de un fenómeno social y no de una valoración del mismo que presuponga un determinado valor social como incondicionalmente válido y que demuestre que la democracia es la realización de este valor.”³¹⁰ Aquí Kelsen señala que en ningún momento ha querido *justificar o demostrar* que la democracia es mejor que la autocracia. Sin embargo, lo cierto es que eso es precisamente lo que ha hecho. Por ejemplo, él ha dicho que “Si la democracia es una forma *justa* de gobierno, es porque supone la libertad, y la libertad significa tolerancia. [...]. Esta tolerancia distingue la democracia de la autocracia. *Mientras mantengamos esta diferencia, podremos rechazar la autocracia y sentirnos orgullosos de nuestra forma de gobierno democrática*. [...] Es posible que esta línea de demarcación traiga consigo cierto riesgo. *Pero el honor y la esencia de la democracia exigen correr ese riesgo* [...]”³¹¹ Aquí se

³⁰⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 242.

³¹⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 260. Las cursivas son nuestras.

³¹¹ KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?*, pág. 62. Las cursivas son nuestras.

ve claramente que el jurista austriaco está no sólo mostrando su preferencia por la democracia, sino que además la está justificando. Lo mismo hace cuando afirma que “[...] siendo la democracia *la única expresión natural y adecuada* de las bases del poder, será también la forma de expresión política a que siempre volverá el orden social, frente a las intentonas pasajeras triunfantes en pro de la dictadura.”³¹²

Como vemos, las afirmaciones de Kelsen demuestran que él sí ha buscado justificar y demostrar que la democracia es una mejor forma de Estado y de gobierno que la autocracia, pues decir que la democracia es “*la única expresión natural y adecuada* de las bases del poder”, es justificarla como una forma de Estado preferible y superior a la autocracia.

Lo cierto es que a pesar de que Kelsen dice que según el principio de la neutralidad científica no se puede decir que un objeto de conocimiento es mejor que otro, hemos visto que él reiteradamente señala su preferencia por la democracia, lo cual, obviamente, es una violación del mencionado principio de la neutralidad científica, que es un principio que el jurista austriaco dice profesar y respetar.

En conclusión, podemos afirmar que el hecho de que Kelsen sea filosóficamente relativista, es otra razón por la cual él considera que la democracia es la mejor forma de Estado existente.

1.3. POSITIVISMO

El positivismo es aquella corriente del pensamiento que considera que la verdadera realidad es la realidad empírica, la realidad del ser. Para el positivismo el conocimiento proviene de la experiencia. El positivismo considera que el ser es más importante que el deber ser.

Kelsen define al positivismo de la siguiente manera: “Se denomina positivismo al principio de describir la realidad de modo fidedigno y de explicarla en forma estrictamente empírica, sin recurrir a la teología ni a ninguna otra especulación

³¹² KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 98. Las cursivas son nuestras.

metafísica.”³¹³ Kelsen añade: “El término colectivo ‘positivismo’, en general, y el término ‘ciencia social o ciencia política positivista’, en particular, abarcan muchos tipos diversos de sistemas teóricos que sólo tienen en común un criterio negativo: la oposición a recurrir a la especulación metafísica (y ello incluye la especulación religioso-teológica).”³¹⁴ Como vemos, nuestro autor considera que el positivismo no reconoce más realidad que la realidad empírica, es decir, rechaza todo aquello que esté fuera de esa realidad (la metafísica, por ejemplo).

Asimismo, Kelsen sostiene que la ciencia no puede justificar ningún orden social, sino solamente puede evaluarlo “[...] como un medio adecuado para lograr un fin presupuesto, pero inadecuado si se presupone otro fin.”³¹⁵ Es decir, nuestro autor mantiene su concepción de que la ciencia sólo debe describir al objeto de conocimiento, pero jamás debe justificarlo, pues eso sería salirse del ámbito científico y entrar en la esfera de lo político e ideológico, lo cual es, para él, científicamente inadmisibile.

Por otra parte, Kelsen dice que “[...] la democracia es un ordenamiento social establecido por los hombres y para los hombres y, en cuanto ordenamiento jurídico, es Derecho positivo.”³¹⁶ Aquí Kelsen está identificando a la democracia con el Derecho positivo, lo cual significa que excluye de aquél al llamado Derecho natural. Esto se confirma cuando señala que la democracia es más propensa al “[...] positivismo jurídico que al Derecho natural [...]”.³¹⁷ En cambio, “La autocracia [...] desprecia esta racionalización del orden colectivo [...]. Una de las miras fundamentales de las autocracias es asegurar la más amplia libertad de movimientos al aparato estatal,

³¹³ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, traducido por Isolda Rodríguez Villegas y otros, Buenos Aires, Katz Editores, 2006, pág. 15.

³¹⁴ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, pág. 18.

³¹⁵ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, pág. 15.

³¹⁶ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 267.

³¹⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, pág. 144.

identificado con el detentador del poder.”³¹⁸ Aquí Kelsen nos está diciendo que la autocracia no es partidaria del llamado principio de legalidad, es decir, es más propensa a identificarse con el derecho natural.

Con estas afirmaciones Kelsen quiere diferenciar el carácter de la democracia del carácter de la autocracia. La democracia tendrá un carácter más realista, más objetivo y más científico que la autocracia. Ésta será, en cambio, más propensa a la metafísica, a lo místico, a las ideologías y al Derecho natural.

La democracia tiende, pues, al positivismo; mientras que la autocracia tiende a la metafísica. Esto explicaría, en cierta forma, porque un positivista como Kelsen, llegó a profesar y a defender con tanta pasión al sistema democrático.

³¹⁸ Ibidem.

CAPÍTULO V

FORMAS DE ESTADO Y RELIGIÓN

1. FORMAS DE ESTADO Y CRISTIANISMO

Kelsen manifiesta que el cristianismo no se interesa mucho sobre la forma que puede tener el Estado. Esto se debe, según él, al hecho de que la religión cristiana considera que sus intereses pueden ser violados o defendidos en ambos tipos de Estado o gobierno. El jurista austriaco señala que “[...] determinados gobiernos autocráticos pueden incluso ser más favorables a la ideología cristiana que otros democráticos.”³¹⁹ Quizá Kelsen tenga en mente el caso del fascismo, pues en éste la religión tenía toda la protección estatal. Sin embargo, también muchas autocracias han atacado o permitido que se ataque al cristianismo, por ejemplo, la Rusia bolchevique. Lo cierto es que democracias sólidas como Estados Unidos e Inglaterra, han apoyado mucho la labor del cristianismo. Por lo tanto, no se puede generalizar diciendo que las autocracias son más favorables al cristianismo que las democracias. La realidad tiene ejemplos en ambos sentidos.

Asimismo, nuestro autor dice que “Es también comprensible que una teología cristiana se interese más por la libertad frente al gobierno, esto es, por la libertad que supone una restricción al gobierno, que por la participación en el gobierno, pues la libertad religiosa constituye su principal preocupación.”³²⁰ Esto es verdad, pues es justamente el derecho a la libertad religiosa lo que permitió y permite el desarrollo del cristianismo. El caso de Estados Unidos, donde la libertad religiosa era uno de los principales derechos de los individuos, y el caso de la iglesia protestante en América Latina, avalan esta afirmación de Kelsen. La lucha principal de la religión cristiana ha sido siempre lograr el derecho a ejercer y difundir libremente su doctrina.

Por otra parte, Kelsen manifiesta que Dios desea un gobierno teocrático, pues “Por lo que respecta a la justicia política, la voluntad de Dios revelada tanto a través de

³¹⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 277.

³²⁰ *Ibidem*.

Moisés como a través de Cristo apunta indudablemente hacia una teocracia, se la conciba como el reino histórico de David o como el futuro Reino de Dios sobre la tierra.”³²¹ Lo cierto es que la voluntad de Dios es que los individuos sigan sus enseñanzas, pero no que todo Estado sea una teocracia (autocracia). La voluntad de Dios manifestada en las Sagradas Escrituras no apoya necesariamente a la teocracia (autocracia) ni a la democracia, sino que es compatible tanto con la autocracia, con la democracia o con cualquiera otra forma de Estado o de gobierno. El cristianismo legitima cualquier orden social. Solamente se opone al régimen cuyas normas y actos sean mayoritariamente contrarios a lo señalado por la Biblia. Y esto puede darse tanto en una democracia como en una autocracia (incluida la teocracia). Por tanto, Kelsen se equivoca cuando afirma que la voluntad de Dios es la teocracia.

Más adelante parece corregir su posición, pues señala que “[...] en vista del hecho de que en la realidad no sólo existen gobiernos autocráticos, sino también gobiernos democráticos y de que esos gobiernos democráticos, al igual que los autocráticos, sólo pueden existir por voluntad de Dios, la conclusión antidemocrática no es convincente.”³²² Esto es correcto, pues el cristianismo legitima y justifica cualquier tipo de Estado. El mismo Kelsen reconoce esto cuando señala que “[...] la consecuencia inevitable del postulado fundamental de la teología cristiana de la naturaleza es que todo lo que existe, existe por voluntad de Dios, que una existencia al margen o contra la voluntad de Dios es impensable.”³²³ Por consiguiente, si todo lo que existe es la voluntad de Dios, entonces, si existe un gobierno democrático es voluntad de Dios. Del mismo modo, si existe un gobierno autocrático, entonces, es voluntad de Dios. Si existe un gobierno teocrático, entonces, también es la voluntad de Dios.

El apóstol Pablo avala esta interpretación cuando señala que toda persona debe someterse “[...] a las autoridades superiores, porque no hay autoridad que no provenga por Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. De modo que quien se opone a

³²¹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 270.

³²² KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 271.

³²³ *Ibidem*.

la autoridad, a lo establecido por Dios se resiste; y los que resisten, acarrearán condenación para sí mismos.”³²⁴ En otras palabras, toda autoridad, democrática o autocrática, está legitimada por Dios. Esto significa que la voluntad de Dios no se identifica con una forma de Estado en particular, o, lo que es casi lo mismo, es compatible con cualquier forma de Estado o de gobierno.

Kelsen dice que este argumento “[...] fue formulado por San Pablo con el definido propósito de emplearlo a favor de un César demoníaco, y desde entonces se ha empleado una y otra vez para apoyar a gobernantes tiránicos tales como Iván el Terrible de Rusia, Luis XIV de Francia, o Federico II de Prusia. Incluso Mussolini y Hitler encontraron teólogos cristianos que justificaron sus gobiernos.”³²⁵ Aquí Kelsen acentúa el hecho de que el cristianismo legitima las más terribles autocracias; sin embargo, como hemos visto, no sólo legitima a las autocracias, sino también a las democracias. Además, no es cierto que San Pablo haya dicho que toda autoridad proviene de Dios con el objetivo “de emplearlo a favor de un César demoníaco”. Esto es falso, pues el cristianismo fue enemigo del César y de muchos otros autócratas. Miles de cristianos, incluido el apóstol Pablo, pagaron con sus vidas al oponerse a los decretos y mandatos reales del César y de otros autócratas “demoníacos”.

El cristianismo legitima, pues, cualquier forma de Estado, pero no justifica actos de maldad del gobierno; por el contrario, rechaza y condena todo acto del gobierno que vaya contra las normas de Dios. Solamente con estas precisiones es válida la tesis según la cual el cristianismo es compatible con cualquier forma de Estado y de gobierno. Únicamente con esta precisión se puede afirmar con Kelsen que “La teología cristiana no puede pretender ser reconocida como defensora de un determinado régimen político porque puede, y de hecho así lo ha hecho, justificar regímenes políticos opuestos, de la misma forma que puede, y así lo ha hecho, tanto defender como atacar la distribución de la propiedad [...]”.³²⁶ En concordancia con esto, Kelsen

³²⁴ *La Biblia*, versión Reina Valera, revisión 1995, Sociedad Bíblicas Unidas, Brasil, 2007, pág. 770.

³²⁵ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 280.

³²⁶ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 280.

afirma que “Se puede ser cristiano y buscar la salvación luchando por cualquier régimen político, a condición de que no viole el Derecho natural ni la ley de Dios.”³²⁷ Es cierto, con la condición de que el régimen político no sea “malvado”.

Por otra parte, Kelsen dice que “Si los hombres que comparten una determinada creencia religiosa adoptan, en su calidad de miembros del gobierno de un Estado, una política de tolerancia hacia otras religiones, su decisión no está determinada por su irracional creencia religiosa en lo absoluto, sino por su altamente racional deseo de preservar la paz, junto con la libertad, en la comunidad. En el conflicto entre sus opiniones religiosas y sus opiniones políticas, prevalecen estas últimas.”³²⁸ Lo que aquí manifiesta Kelsen no es necesariamente correcto, por lo menos en lo que respecta a la fe cristiana, pues muchas veces el cristiano permite la existencia de otras religiones porque cree que la suya es la verdadera y confía que siendo superior a las otras, finalmente se impondrá a las demás. Es decir, si los cristianos toleran la existencia de otras religiones, esto no se debe necesariamente a sus convicciones políticas.

Asimismo, Kelsen dice que “[...] si el cristianismo como credo religioso es políticamente indiferente, no puede fermentar la vida política ni llegar a ser una energía histórica operante en el mundo; y, por consiguiente, no puede haber una conexión esencial entre el cristianismo y algún determinado sistema político.”³²⁹ Lo cierto es que el cristianismo apoyará al régimen que le permita mayor libertad de practicar y difundir su fe y que esté más cerca de sus valores morales y religiosos. En todo caso, la realidad histórica ha demostrado que las democracias son las formas de Estado que más han permitido la difusión y el crecimiento del cristianismo. Los ejemplos de Inglaterra, Estados Unidos, Corea del Sur, la mayoría de países de América Latina, etc., son una clara demostración de ello.

Ahora bien, Kelsen dice que “La democracia de la antigüedad estaba conectada con una religión completamente distinta del cristianismo, y no hay ninguna razón para

³²⁷ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 292.

³²⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 289.

³²⁹ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 293.

suponer que un pueblo que tenga una religión distinta de la cristiana no sea capaz de establecer una verdadera democracia. En este momento histórico, en realidad, hay Estados democráticos en la parte no cristiana de la humanidad, como es el caso de las democracias musulmanas, judías o hindúes.”³³⁰ Lo mismo podemos decir de las autocracias antiguas. Existieron autocracias antiguas que no tuvieron a la religión cristiana como religión oficial, como Egipto, Persa, Roma, etc. Del mismo modo, actualmente hay autocracias que no tienen al cristianismo como religión oficial; las autocracias musulmanas en el África son un ejemplo de ello. Sin embargo, la historia moderna demuestra que las democracias, sobre todo, occidentales, han sido los Estados que más han apoyado la difusión y el crecimiento de la religión cristiana.

Por otro lado, Kelsen dice que “Nunca hubo una desdivinización radical del ámbito de poder, pues nunca se abandonó la enseñanza de Pablo: ‘No hay autoridad que no provenga de Dios, y las existentes están constituidas por Dios’.”³³¹ Esto es verdad, pues los cristianos siguen obedeciendo esta enseñanza bíblica; por eso, además, acostumbran orar por todos los gobernantes, sin diferenciar entre gobernantes democráticos y autocráticos. Es decir, aún hoy la religión cristiana enseña que toda autoridad ha sido puesta por Dios, y, en ese sentido, el ámbito de su poder está impregnado del aspecto divino.

Como vemos, la religión cristiana es compatible tanto con la democracia, la autocracia y cualquier otra forma de Estado. Por consiguiente, la religión cristiana no se identifica con ninguna forma de Estado o de gobierno en particular.

³³⁰ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 293.

³³¹ KELSEN, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política?*, pág. 163.

CAPÍTULO VI

FORMAS DE ESTADO Y ECONOMÍA

1. FORMAS DE ESTADO Y ECONOMÍA

Kelsen define al capitalismo como un “[...] sistema económico caracterizado por la propiedad privada de los medios de producción, la libre empresa y la competencia; un sistema económico, por tanto, que presupone la libertad económica, es decir, la no interferencia directa del gobierno en la vida económica.”³³² Asimismo, define al socialismo como un “[...] sistema económico caracterizado por la nacionalización y el control político de los medios y procesos de producción y distribución; un sistema económico, por tanto, que implica falta de libertad económica y regulación positiva de la vida económica.”³³³

Kelsen hace un análisis comparativo entre estos dos sistemas económicos (capitalismo y socialismo) y las dos formas de Estado (democracia y autocracia). A continuación veamos qué señala al respecto nuestro autor.

Kelsen considera que el socialismo y el capitalismo son compatibles tanto con la democracia como con la autocracia. Por ello, señala que “Ambos pueden implantarse tanto bajo un régimen democrático como bajo un régimen autocrático.”³³⁴ Y es que mientras la democracia y la autocracia sólo son dos métodos de creación y aplicación de normas jurídicas, dos métodos de participación de los ciudadanos en el gobierno del Estado, es decir, dos *formas* de Estado; en cambio, el capitalismo y el socialismo son dos sistemas económicos, con principios y características propias y diversas, es decir, son dos *contenidos* del ordenamiento social. Esto significa que “[...] no hay una

³³² KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 298.

³³³ *Ibídem.*

³³⁴ *Ibídem.*

relación necesaria entre un sistema político determinado y un determinado sistema económico.”³³⁵

Quiere decir que la democracia no es necesariamente inherente al capitalismo o al socialismo, e, igualmente, la autocracia no es necesariamente inherente al capitalismo o al socialismo; o, dicho de otra forma, el capitalismo es compatible tanto con la democracia como con la autocracia, y el socialismo es compatible tanto con la autocracia como con la democracia. Por consiguiente, podemos afirmar que para Kelsen la democracia y la autocracia son compatibles con cualquier sistema económico, y, del mismo modo, el socialismo y el capitalismo son compatibles con cualquier sistema político.

Vemos, pues, que para Kelsen el capitalismo y el socialismo son compatibles con la democracia y la autocracia. La otra cuestión es saber “[...] si un determinado sistema económico puede funcionar más eficazmente bajo uno u otro régimen político [...] A esta cuestión sólo se puede responder sobre la base de la experiencia histórica [...]”³³⁶ Kelsen considera que aún no existe suficiente material como para responder adecuadamente esta pregunta.

Quizá esto haya sido cierto en la época de Kelsen, pero nosotros creemos que actualmente sí existe el suficiente material histórico para afirmar que tanto el capitalismo como el socialismo han demostrado ser igualmente eficientes e ineficientes en los dos sistemas políticos fundamentales, esto es, en la democracia y en la autocracia. Por ejemplo, en los Estados autocráticos de la Europa oriental que formaban parte del bloque de la ex Unión Soviética, el sistema económico socialista fue aplicado de manera deficiente, y no lograron el desarrollo económico; en cambio, tenemos el ejemplo de los países nórdicos, todos Estados democráticos, donde el sistema económico socialista les ha permitido lograr y mantener un gran desarrollo económico.

³³⁵ *Ibidem.*

³³⁶ *Ibidem.*

Además, podemos mencionar a países democráticos como Estados Unidos, Japón, Inglaterra, etc., donde el capitalismo ha logrado darles a esas naciones un desarrollo económico tan grande que las ha convertido en potencias mundiales. asimismo, hay autocracias, como por ejemplo China, que ha adoptado desde hace más de tres décadas la economía de libre mercado capitalista, con la cual ha alcanzando elevados niveles de crecimiento económico, lo que hace pensar que en pocos años se convertirá en la primera potencia económica del mundo. Del mismo modo, es necesario recordar que en la Rusia bolchevique, que fue una de las primeras autocracias en aplicar el sistema económico socialista, el progreso económico fue tan grande que lo llevó a convertirse en una de las más grandes potencias del mundo. Como vemos, los sistemas económicos socialista y capitalista han funcionado eficiente y deficientemente en los diversos sistemas políticos.

Sin embargo, a pesar de que tenemos más material histórico que el que tuvo Kelsen, llegamos a la misma conclusión que él, pues no estamos en condición de decir en qué régimen político puede funcionar más eficazmente uno u otro sistema económico. La realidad, como hemos visto, provee ejemplos de todo tipo.

Por otra parte, Kelsen señala que los sistemas económicos no pueden cambiarse en una autocracia, pero sí en una democracia. El jurista austriaco dice que “[...] si una minoría derriba mediante un revolución a un gobierno democrático para establecer un sistema económico socialista en lugar de capitalista, o capitalista en lugar de socialista, esta acción política implica necesariamente el establecimiento de un régimen político autocrático, de la misma forma que un régimen democrático está transformándose en autocrático si reprime los intentos pacíficos de establecer un sistema económico distinto del que se encuentre vigente.”³³⁷ Como vemos, Kelsen cree que en la autocracia prevalece la arbitrariedad; en cambio, considera que en la democracia existe respeto y tolerancia. Esta visión kelseniana de las formas de Estado no sólo es en relación a los sistemas económicos, sino que es también con respecto a todos los demás aspectos del ordenamiento social.

³³⁷ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pp. 301-302.

Ahora bien, Kelsen sostiene que “De la misma forma que el capitalismo no excluye completamente la propiedad colectiva, tampoco el socialismo excluye completamente la propiedad privada.”³³⁸ Esto es verdad, pues cuando los bolcheviques llegaron al poder en Rusia, Lenin permitió que inversionistas privados siguieran participando en la economía rusa. Esto lo explica en su libro *El impuesto en especie*. Es decir, a pesar de que en la Rusia bolchevique existía un sistema económico socialista, donde primaba la propiedad colectiva, esto no significó la exclusión total de la propiedad privada ni de los inversionistas privados o “burgueses”. Del mismo modo, el capitalismo ha sabido combinarse con el socialismo, y no lo excluye totalmente. Es más, muchas veces medidas económicas socialistas han servido para “salvar” al capitalismo. El ejemplo de Estados Unidos, donde siempre ha prevalecido el capitalismo y la propiedad privada, muestra que este país tuvo que recurrir durante la época de la depresión a medidas de carácter socialista. Tales medidas económicas keynesianas, sirvieron para que el Estado interviniera en la economía, fomentando el empleo y la inversión, lo cual ayudó a Estados Unidos a superar la grave crisis económica que padecía. En este caso, medidas económicas socialistas fueron determinantes para superar la más grave crisis económica del siglo XX.

En conclusión, como hemos visto en este capítulo, para Kelsen las formas de Estado, esto es, la democracia y la autocracia, no se identifican con un sistema económico en particular; es decir, el jurista austriaco considera que la democracia y la autocracia son compatibles con el capitalismo, con el socialismo y con cualquier sistema económico. La realidad histórica demuestra que Kelsen tiene razón en esta aseveración.

³³⁸ KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, pág. 333.

TERCERA PARTE
CONCLUSIONES FINALES

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

1. PRIMERA

Para Kelsen la democracia es un método de participación de los individuos en la creación del orden jurídico, es decir, es un método de participación de los individuos en el gobierno del Estado. Esta participación se limita fundamentalmente a la elección de los órganos representativos (parlamentarios y jefe de Estado).

En cambio, Kelsen considera que toda autocracia se caracteriza porque en ella no existe participación del pueblo en el gobierno del Estado, es decir, los individuos no participan en la creación y aplicación del orden jurídico estatal ni eligen a sus gobernantes.

2. SEGUNDA

El jurista austriaco cree que la democracia moderna necesita, para su plena realización, de los siguientes requisitos principales: pluralidad de partidos políticos, respeto por las minorías, existencia de los llamados derechos de libertad, alternancia en los cargos públicos, división de poderes, existencia de mecanismos de control (principio de legalidad, principio de publicidad y control jurisdiccional), entre otros más. Por consiguiente, si faltan algunos de estos requisitos, entonces el Estado no es una verdadera democracia.

En concordancia con esto, Kelsen considera que en la autocracia moderna no existe una pluralidad de partidos políticos, tampoco hay alternancia en los cargos públicos, no existe división de poderes, no se respeta la libertad de prensa ni los demás derechos y libertades de los ciudadanos, no hay tolerancia ni respeto por las minorías, etc. Es decir, en una autocracia falta todo aquello que existe en un Estado democrático.

3. TERCERA

Para Kelsen la democracia y la autocracia, en tanto formas de Estado, son solamente métodos de creación normativa, que no tienen nada que ver con el contenido de las normas jurídicas. Son sólo formas, técnicas, mecanismos y métodos de creación de normas. Tienen únicamente un carácter *formal*. Es decir, que no hacen referencia al contenido moral, religioso, político, etc., que puedan tener las normas jurídicas estatales. Por ello, Kelsen siempre señaló que era un gran error pretender identificar una forma de Estado con el contenido de sus normas jurídicas.

Esta tesis según la cual la democracia y la autocracia son sólo formas y métodos de creación normativa, es una de las más importantes de la teoría de Kelsen y abraza todo su pensamiento político.

Sin embargo, Kelsen también señala, como hemos visto, que la democracia es no sólo forma, sino también contenido, o, lo que es más grave, afirma que a veces puede ser forma y a veces puede ser contenido, con lo cual cae en una contradicción.

Más aún, Kelsen considera que la democracia, para ser verdaderamente tal, debe de tener como *contenido* al liberalismo político. Con esto Kelsen contradice su concepción de la democracia como un principio *sólo formal*, pues lo identifica con el liberalismo.

4. CUARTA

Kelsen viola y contradice su postulado de neutralidad científica y valorativa, pues reiteradamente señala las bondades de la democracia, y, al mismo tiempo, critica los defectos de la autocracia. Esto demuestra claramente que Kelsen defiende y prefiere a la democracia, lo cual no sólo contradice su postulado de la neutralidad científica, sino, además, le quita objetividad y rigurosidad científica a sus afirmaciones sobre las llamadas formas de Estado.

5. QUINTA

Kelsen afirma que la democracia tiene como características el ser racionalista, relativista y positivista. En cambio, señala que la autocracia se caracteriza por ser propensa al irracionalismo, al absolutismo filosófico y a la metafísica.

Esto explicaría, en cierta forma, porque Kelsen, que es un relativista, un positivista y un racionalista, llegó a profesar y a defender con tanta pasión al sistema democrático. También explicaría porque el jurista austriaco criticó y rechazó siempre a la autocracia.

6. SEXTA

Para Kelsen tanto la democracia como la autocracia son compatibles con la religión cristiana, pues ésta existe tanto en la una como en la otra.

Lo cierto es que el jurista austriaco considera que la democracia y la autocracia son compatibles con cualquier religión, pues, según él, las formas de Estado sólo tienen un carácter formal, y no se identifican con ninguna religión en particular.

7. SÉPTIMA

Kelsen señala que la democracia y la autocracia son compatibles con cualquier sistema económico, y, del mismo modo, sostiene que el socialismo y el capitalismo son compatibles con cualquier sistema político.

BIBLIOGRAFÍA

Para realizar la presente investigación hemos consultado la siguiente bibliografía:

1. OBRAS DE HANS KELSEN

1.1. Libros de Kelsen

- *El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, traducido por Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1943.
- *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, traducido por Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- *Sociedad y naturaleza, una investigación sociológica*, traducido por Jaime Perriau, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1945.
- *La teoría pura del Derecho, introducción a la problemática científica del Derecho* (traducción de la 1ra edición alemana de 1934), traducido por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.
- *La paz por medio del Derecho*, traducido por Luis Echávarri, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.
- *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, traducido por Alfredo J. Weiss, Buenos Aires, Emecé Editores, 1958.
- *Teoría general del Estado*, traducido por Luis Legaz y Lacambra, México, D. F., Editora Nacional, 1970.
- *Esencia y valor de la democracia*, traducido por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Editorial Labor, 1977.
- *Compendio de teoría general del Estado*, traducido por Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate Florez, Barcelona, Editorial Blume, 1979.
- *La idea del Derecho natural, y otros ensayos*, traducido por Francisco Ayala y otros, México, D.F., Editora Nacional, 1979.
- *Socialismo y Estado, una investigación sobre la teoría política del marxismo*, traducido por Alfonso García Ruíz, México, Siglo Veintiuno Editores, 1982.
- *Teoría pura del Derecho, introducción a la ciencia del Derecho* (traducción de la edición francesa de 1953), traducido por Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1982.

- *Teoría pura del Derecho* (traducción de la 2da edición alemana de 1960), traducido por Roberto J. Vernengo, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- *Socialismo y Estado, una investigación sobre la teoría política del marxismo*, traducido por Rolf Behrman, Madrid, Edersa, 1985.
- *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, traducido por Wenceslao Roces, México, Editorial Porrúa, 1987.
- *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducido por Juan Ruiz Manero y otros, Madrid, Editorial Debate, 1988.
- *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducido por Eduardo García Máynez, México, D.F., UNAM, 1988.
- *Qué es justicia*, traducido por Albert Calsamiglia, Barcelona, Editorial Ariel, 1992.
- *Introducción a la teoría pura del Derecho*, traducido por Emilio O. Rabasa, Lima, Ediciones Luis Alfredo, 1993.
- *Teoría general de las normas*, traducido por Hugo Carlos Delory Jacobs, México, D.F., Editorial Trillas, 1994.
- *Teoría del Derecho internacional consuetudinario*, traducido por Nicolás de Piérola, Lima, Cultural Cuzco, 1996.
- *El Estado como integración, una controversia de principio*, traducido por Juan Antonio García Amado, Madrid, Editorial Tecnos, 1997.
- *¿Qué es la teoría pura del Derecho?* Traducido por Ernesto Garzón Valdés, México, D.F., Fontamara, 1997.
- *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, D.F., UNAM, 2001.
- *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, traducido por Ulises Schmill y otros, México, D.F., Fontamara, 2004.
- *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, traducido por Isolda Rodríguez Villegas y Joaquín Etorena, Buenos Aires, Katz, 2006.
- *Autobiografía*, traducido por Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

- *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, traducido por Eduardo Vásquez y otros, México, D.F., Fontamara, 2008.
- KELSEN & COSSIO, *problemas escogidos de la teoría pura del Derecho, teoría egológica y teoría pura*, traducido por Carlos Cossio, Buenos Aires, Editorial Kraft, 1952.
- KELSEN, Hans, et al., *Crítica del Derecho natural*, traducido por Elías Díaz, Madrid, Taurus Ediciones, 1966.
- KELSEN, Hans & KLUG, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico*, traducido por Juan Carlos Gardella, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- KELSEN, Hans, et al., *El otro Kelsen*, traducido por Gertrudis Payás, México, D.F., Ediciones Coyoacán, 2003.
- KELSEN, Hans, et al., *Ficciones jurídicas*, traducido por Jean Hennequin y otros, México, D.F., Fontamara, 2003.
- KELSEN, Hans & SCHMITT, Carl, *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducido por Manuel Sánchez Sarto y otros, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

1.2. Artículos de Kelsen

- “La calidad de miembro de las Naciones Unidas”, *La Ley*, Buenos Aires, 1946, T. 44, PP. 981-993, traducido por Juan Martín Allende.
- “Metamorfosis de la idea de justicia”, *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*, México, D.F., 1949, T. XI, Número 44, PP. 83-123, traducido por Oscar Morineau.
- “Tendencias recientes en el Derecho de las Naciones Unidas”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, 1951, Tomo XI, Números 36-37, PP. 3-20, traducido por Alejandro Aza.
- “Teoría pura del Derecho y teoría egológica”, *La Ley*, Buenos Aires, Octubre-Noviembre de 1953, T. 72, PP. 149-164, traducido por Eduardo García Máynez.
- “¿Por qué debe ser obedecida la ley?”, *Thémis*, Época 1, Lima, 1967, Número 5, PP. 39-46.

- "Absolutismo y relativismo en filosofía y en política", *Revista Jurídica Veracruzana*, 1973, Números 1-2, PP. 5-16, traducido por Guillermo Héctor Rodríguez.
- "Derecho y lógica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 275-282, traducido por Alfonso Ortiz.
- "Sobre el concepto de norma", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 201-213, traducido por Javier Esquivel.
- "El principio de igualdad de soberanía entre los Estados como base de la organización internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 215-230, traducido por Enrique Ferrer Vieyra.
- "Teoría del Derecho internacional consuetudinario", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 231-258, traducido por Ariel Peralta García.
- "Derogación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 259-274, traducido por Alfonso Ortiz.
- "El fundamento de la validez del Derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 395-407, traducido por Mario Cerda medina.
- "La autodeterminación del Derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 409-417, traducido por Ricardo Azpúrua Ayala.
- "Acerca de la norma básica", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 419-423, traducido por Agustín Squella Narducci.
- "Norma y valor", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 425-431, traducido por Agustín Squella Narducci.
- "El Proyecto de declaración de los derechos y deberes de los Estados", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 433-456, traducido por Gabriela Ochsenius Vargas y Agustín Squella Narducci.

- “Situación actual de la filosofía del Derecho”, *Revista Ius et Praxis*, Lima, 1990, Número 15, PP. 173-176, traducido por Emilio Fernández Camus.
- “El control de la constitucionalidad de las leyes: estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, *Ius et veritas*, Lima, Junio de 1993, Año 4, Número 6, PP. 81-90.
- “Positivismo jurídico y doctrina del derecho natural”, *Ius et veritas*, Lima, Junio de 1994, Año 5, Número 8, PP. 9-12.
- “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional”, *Ius et veritas*, Lima, Noviembre de 1994, Año 5, Número 9, PP. 17-43.

2. OBRAS SOBRE HANS KELSEN

2.1. Libros sobre Kelsen

- BOCARDO, Enrique, *Tres ensayos sobre Kelsen*, Salamanca, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1993.
- BERUMEN, Arturo, *Teoría pura del Derecho y materialismo histórico*, México, D.F., Ediciones Coyoacán, 2008.
- CORREAS, Oscar, *Kelsen y los marxistas*, México, D.F., Ediciones Coyoacán, 2004.
- CRACOGNA, Dante, *Cuestiones fundamentales de la teoría pura del Derecho*, México, D.F., Fontamara, 1998.
- DEL SOLAR ROJAS, Francisco José, *La ciencia del Derecho: del jusnaturalismo al positivismo jurídico*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009.
- DUJOVNE, León, *La filosofía del Derecho de Hegel a Kelsen*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963.
- EBENSTEIN, William, *La teoría pura del Derecho*, traducido por J. Malagón y A. Pereña, México, Fondo de Cultura Económica, 1947.
- EGUIGUREN, Luis Antonio, *La democracia y la mutilación de la Constitución, el Estado y la teoría pura del Derecho*, Lima, 1945.
- ESQUIVEL, Javier, *Racionalidad jurídica, moral y política*, México, D.F., Fontamara, 2001.

- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Filosofía política de la democracia*, México, D.F., Fontamara, 2006.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina Kelseniana*, México, Editorial Porrúa, 1978.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, *Estudios sobre Kelsen*, México, D.F., Fontamara, 1994.
- INSTITUTO HANS KELSEN (Compilador), *Teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho*, traducido por Ernesto Volkening, Bogotá, Editorial Temis, 1984.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la escuela de Viena*, Barcelona, Bosch, 1933.
- LOSANO, Mario G, *Teoría pura del Derecho, evolución y puntos cruciales*, traducido por Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.
- MANSÓN TERRAZAS, Manuel, *Kelsen y la lógica jurídica formal*, Valparaíso, Editorial Edeval, 1984.
- MARTINEZ ROLDÁN, Luis, *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*, Madrid, La Ley, 1988.
- METALL, Rudolf Aladar, *Hans Kelsen, vida y obra*, traducido por Javier Esquivel, México, D.F., Ediciones Coyoacán, 2010.
- NINO, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- PATRÓN IRIGOYEN, Jorge, *Crítica de la teoría pura del Derecho*, Lima, Librería-Imprenta Gil, 1948.
- PAULSON, Stanley L, *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *KELSEN y ORTEGA, positivismo jurídico y raciovitalismo desde la cultura jurídica actual*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009.
- PETEV, Valentín, *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*, traducido por Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

- SANZ MORENO, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado posliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.
- ENRIQUE SERRA, Juan, et al., *Apreciación crítica de la teoría pura del Derecho*, Valparaíso, Editorial Edeval, 1982.
- VILLAR BORDA, Luis (Compilador), *Hans Kelsen 1881-1973*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- WALTER, Robert, *La estructura del orden jurídico; disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del Derecho*, traducido por Ernesto Volkening, Bogotá, Editorial Temis, 1984.
- WALTER, Robert, *Kelsen, la teoría pura del Derecho y el problema de la justicia*, traducido por Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- WALTER, Robert, *La doctrina del Derecho de Hans Kelsen*, traducido por Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- WALTER, Robert (Editor), *Problemas centrales de la teoría pura del Derecho*, traducido por Luis Villar Borda, Lima, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- WOLFGANG, Schild, *Las teorías puras del Derecho; reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter*, traducido por Ernesto Volkening, Bogotá, Editorial Temis, 1983.

2.2. Artículos sobre Kelsen

- AGUINSKY DE IRIBARME, Esther, "Nueva interpretación del pensamiento Kelseniano en relación con la teoría de la argumentación de Chain Perelman", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1991, Números 1-2, PP. 115-119.
- AZPÚRUA, Ricardo, "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 29-53.
- BARROS BOURIE, Enrique, "La relación entre la ley y la sentencia judicial y los principios de la teoría pura del Derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 255-298.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo. "Kelsen y Marx, la unidad mediada del Derecho y del Estado", *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, 1994, Número 10, PP. 57-58.

- BEUTEL, Frederik K., "Kelsen y la filosofía del Derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 11-20, traducido por Ordóñez y Chavez.
- BOBBIO, Norberto, "La teoría pura del Derecho y sus críticos", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 299-326, traducido por Mario Cerda Medina.
- BOBBIO, Norberto, "Perelman y Kelsen", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 1981, Número 6, PP. 267-287, traducido por Martín Laclau.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas", *Thémis* (época 2), Número 51, Año 2005.
- CAÑIZARES ABELEDO, Fernando. "Sobre el pensamiento de Hans Kelsen", *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1992, Número 6, PP. 20-23.
- CORREAS, Oscar, "Kelsen o la ciencia imposible", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, D.F., 1986, Número 69, PP. 129-143.
- CORREAS, Oscar, "Kelsen o el Kantismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1990, Número 85, PP.883-866.
- COSSIO, Carlos, "teoría egológica y teoría pura", *La Ley*, Buenos Aires, 1949, T. 56, PP. 885-861.
- COWAN, Thomas A., "La teoría pura del Derecho y la teoría jurídica experimental", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 39-54, traducido por Luis Ongay.
- CRACOGNA, Dante, "Entorno a la norma básica", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 1981, Número 13, PP. 193-208.
- CRACOGNA, Dante, "Kelsen y el problema de las fuentes del Derecho", *Ius et Praxis*, Lima, 1985, Número 5, PP. 9-19.
- D' ESTÉFANO PISANI, Miguel A., "Hans Kelsen y el Derecho internacional", *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1992, Número 6, PP. 24-32.
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, "Consideraciones sobre Hans Kelsen", *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1992, Número 6, PP. 33-35.

- DE PIÉROLA Y BALTA, Nicolás, "Ciencia del Derecho e ideología jurídica en el pensamiento de Kelsen", *Revista de Derecho Y Ciencias Políticas*, Lima, 1994-1995, Volúmenes 51 y 52, Número 1, PP. 301-325.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, "El ordenamiento jurídico", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 225-253.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Kelsen y la idea aristotélica del Derecho", *Thémis*, Época 1, Lima, 1967, Número 4, PP. 54-75.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "La verdad sobre Hans Kelsen", *Foro jurídico*, Lima, 2007, Año 4, Número 7, PP. 268-279.
- DELGADO OCANDO, J.M., "Validez y eficacia en Kelsen", *Revista de la Facultad de Derecho*, Maracaibo, 1967, Año VII, Número 19, PP. 61-65.
- ESQUIVEL, Javier, "El modelo kelseniano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Enero-Abril de 1974, Año VII, Número 19, PP. 25-33.
- FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo, "La teoría pura del Derecho", *Revista Jurídica*, San Miguel de Tucumán, 1963, Número 13, PP. 63-99.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "¿Es Kelsen el fundador del Derecho procesal constitucional?: análisis de un debate contemporáneo", *Pensamiento constitucional*, 2008, Año 13, Número 13, PP. 279-326.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "La justicia en el pensamiento de Aristóteles: a propósito de un ensayo de Hans Kelsen", *Thémis*, Época 1, Lima, 1967, Número 5, PP. 81-104.
- GHIRARDI, Olsen A., "Kelsen y los universales", *Ius et veritas*, Lima, Junio 1997, Año 8, Número 14, PP. 273-277.
- GOLDSCHMIDT, Werner, "La doctrina kelseniana de la interpretación y su crítica", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1965, Tomo 119, PP. 1055-1060.
- GOMEZ ROBLEDO, Alonso, "Concepto de responsabilidad internacional del Estado según Hans Kelsen", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Enero-Abril de 1985, Número 52, PP.62-91.
- HART, H.L., "Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Septiembre de 1974, Año VII, Número 21, PP. 105-140.

- HERRENDORF, Daniel E., "La polémica de Buenos Aires: Kelsen-Cossio", *Ius et Praxis*, Lima, Junio de 1990, Número 15, PP. 101-121.
- Herrero, Vicente, "La teoría del Estado del profesor Hans Kelsen", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Enero-Febrero de 1942, Volumen XI, Número 3, PP. 165-188.
- HUGHES, Graham, "Validez y norma básica", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 199-223, traducido por Luis Corti.
- KUNZ, José L., "Homenaje a Kelsen en su septuagésimo aniversario", *Revista Jurídica Dominicana*, Ciudad Trujillo, Enero-Junio de 1953, Año XIV, Número 44-45, PP. 155-164, traducido por Eduardo García Máynez.
- LACLAU, Martín, "El Problema de la validez desde la perspectiva de la teoría pura del Derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 1981, Número 2, PP. 307-323.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Notas sobre el valor actual de la teoría pura del Derecho", *La Ley*, Buenos Aires, 1944, T. 35, PP. 1081-1090.
- MANSÓN TERRAZAS, Manuel, "La teoría pura del Derecho y la lógica formal", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 55-67.
- MANSÓN TERRAZAS, Manuel, "Kelsen, la interpretación del Derecho y la lógica jurídica", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Segundo semestre de 1983, Número 23, PP. 63-76.
- MANTILLA PINEDA, Benigno, "Aportes de Hans Kelsen a la jurisprudencia del siglo XX", *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, 1997, Número 128, PP. 275-284.
- METALL, Rudolf A., "Hans Kelsen y su escuela vienesa de la teoría del Derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6. PP. 21-28, traducido por Hildegard Tabel Brenner.
- PERELMAN, Chaim, "La teoría pura del Derecho y la argumentación", *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, 1997, Número 128, PP. 298-304.
- QUINTANA BRAVO, Fernando, "El problema de la justicia en Kelsen", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 93-139.

- QUIROGA LAVIE, Humberto, "La norma retroactiva en Hans Kelsen", *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, 1961, Número 23, PP. 117-128.
- RECASÉNS SICHES, Luis, "Balance de la teoría pura del Derecho de Kelsen", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, D.F., Enero-Abril de 1974, Año VII, Número 19, PP. 165-177.
- ROTMAN, Rodolfo B, "El Estado: teoría pura y teoría de dominación", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Enero-Febrero de 1960-I, 1960, PP. 16-24.
- RUBIO, Marcial, "El objeto de estudio del Derecho a través de Hans Kelsen", *Themis*, Lima, Enero-Junio de 1968, Año VI, Número 6, PP. 53-58.
- SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, "El concepto del Derecho en la teoría de Weber y Kelsen", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Enero-Abril de 1985, PP. 113-142.
- SERRA HEISE, Juan Enrique, "Referente a la pureza de la teoría kelseniana", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 69-92.
- SOBREVILLA ALCAZAR, David, "La influencia de Kelsen en el Perú; una revisión crítica", *Derecho*, Lima, 1973, Número 31, PP. 154-162.
- SOLER, Sebastián, "Algunas observaciones a la doctrina de Hans Kelsen", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, 1943, Año VII, Números 3-4, PP. 286-311.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, "Validez y eficacia del Derecho en la teoría de Hans Kelsen", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 141-197.
- THORNE, Carlos, "Notas sobre la teoría del Estado en el pensamiento de Hans Kelsen", *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, Mayo de 1970, Año XXIX, Número 316, PP. 521-524.
- VERNENGO, Roberto J, "Norma jurídica y esquema referencial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, D.F., Septiembre de 1974, Nueva Serie, Año VII, Número 21, PP. 189-198.
- VILLAR BORDA, Luis, "Influencia de la teoría pura del Derecho en Colombia", *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, 1989, Números 113-114, PP. 13-36.

- WALTER, Robert, "El Estado actual de la teoría pura del Derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, Diciembre de 1974, Número 6, PP. 327-362.

3. OTROS AUTORES

- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, traducido por José Fernández Santillán, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, traducido por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2009.
- BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bogotá, Editorial Panamericana, 2010.
- ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Lima, Marfil, 1987.
- ENGELS, Friedrich, *Anti-Dühring*, traducido por Manuel Sacristan Luzón, México, D.F., Editorial Grijalbo, 1975.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1977.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, traducido por Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1981.
- JELLINEK, Georg, *Fragmentos de Estado*, traducido por Michael Forster y otros, Madrid, Editorial Civitas, 1981.
- KRADER, Lawrence, *La formación del Estado*, Barcelona, Editorial Labor, 1972.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, traducido por Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
- KUHN, Helmut. *El Estado, una exposición filosófica*, traducido por Juan Gil Cremades, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1979.
- LENIN, *El Estado y la revolución*, Moscú, Editorial Progreso, 1976.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, traducido por Alfredo Gallego y Eduardo Espín, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1976.

- OQUENDO, Ángel R., *Democracia y pluralismo*, México, D.F., Fontamara, 2007.
- PLANAS, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1997.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, traducido por M. Luz Morán, Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1982.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho constitucional*, traducido por José Beneyto Pérez, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1985.